Jürgen Reinstorf

Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung und die Rechtswidrigkeit der Zueignung

1974

DIE RECHTSWIDRIGKEIT DER BEREICHERUNG

UND

DIE RECHTSWIDRIGKEIT DER ZUEIGNUNG

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Jürgen Reinstorf
aus Lüneburg
1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Lenckner
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Stree
Dekan:	Prof. Dr. Kollhosser
Tag der mündlichen Prüfung:	25.1.1974

G L I E D E R U N G

	Seite
Einleitung	1
1. Abschnitt: Rechtswidrigkeit der Bereicherung	3
I Das Problem	3
1. Problemaufriß	3
2. Problemsachverhalte	7
II. Intrasystematische Betrachtung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung	13
1. Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils in § 263 und Unrechtmäßigkeit der Bereicherung in § 253	13
a) Gleichbehandlung	13
b) Behauptete Ungleichbewertung	17
2. Rechtswidrigkeit der Bereicherung in weiteren Tatbeständen des StGB	19
a) Qualifikationen und besonders schwere Fälle des Betruges und der Erpressung	19
b) Notbetrug, § 264 a	19
c) Versicherungsbetrug, § 265	20
aa) Einbeziehung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung	21
bb) Ausschluß der Rechtswidrigkeit der Bereicherung	22
cc) Stellungnahme	23
d) Strafschärfende Absicht der Vorteilserlangung, §§ 272, 273, 298 IV, 300 III	23

Seite

aa) Schwere Falschbeurkundung, § 272, und Gebrauchmachen von falschen Beurkundungen, § 273 — 24

bb) Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, § 298 IV 2 und Bruch des Berufsgeheimnisses, § 300 III — 26

3. Ergebnis — 29

III Rechtswidrigkeit und Vermögensschaden — 29

1. Vorbemerkung — 29

2. Notwendigkeit einer dogmatischen und funktionellen Betrachtung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung — 32

3. Dogmatische Betrachtung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung: Bezugsobjekt der Rechtswidrigkeit — 35

a) Meinungsstand — 35

aa) Bezug der Rechtswidrigkeit zur Gesamttat — 35

bb) Bezug der Rechtswidrigkeit zur Bereicherung — 37

b) Kritik und Stellungnahme — 38

aa) Ausgangspunkt der Mindermeinung — 38

bb) Präjudiz einer funktionellen Betrachtung für eine dogmatische Betrachtung — 41

cc) Auslegung des Begriffes "rechtswidriger Vermögensvorteil" — 42

dd) Rechtsvergleich — 46

Seite

4. Funktionelle Betrachtung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung 47

a) Auswirkungen der strafrechtlichen Vermögenstheorien auf die Rechtswidrigkeit der Bereicherung 48

aa) Juristische Vermögenstheorie 48

bb) Wirtschaftliche Vermögenstheorie 51

cc) Personale Vermögenstheorie 55

(1) Otto 56

(2) Bockelmann 58

(3) Klärung der unterschiedlichen Aussagen Bockelmanns und Ottos 60

dd) Rechtlich-wirtschaftliche Vermögenstheorien und materiale Vermögenstheorie 65

(1) Die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre Naglers 69

(2) Die neueren rechtlich-wirtschaftlichen Vermögenslehren 71

(3) Die Ansicht Franzheims und Kritik 72

(4) Die materiale Vermögens- und Schadenstheorie und Kritik 74

ee) Dynamische Vermögenstheorie 83

b) Prinzip des Schadensausgleichs 84

5. Ergebnis 93

IV Begriffsbestimmung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung 94

1. Bestandsaufnahme und Kritik 95

a) Rechtswidrigkeit der Bereicherung als Folge der Rechtswidrigkeit des Mittels zur Erlangung des Vermögensvorteils 96

Seite

b) Absolute und objektive Rechtswidrigkeit der Bereicherung 98

c) Rechtswidrigkeit der Bereicherung als "sine jus" 100

aa) Ansicht des Reichsgerichts 100

bb) Tendenz in der neueren Rechtsprechungsmeinung zwischen Festhalten an der "sine jus"Formel und neuerdings verstärkter Hinwendung zu einer materialen Bewertung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung 102

cc) Kritik an der Ansicht des Reichsgerichts 108

d) Rechtswidrigkeit der Bereicherung als "contra jus" 112

aa) Strenge Orientierung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung an der außerstrafrechtlichen Rechtsordnung 113

bb) Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung 116

2. Eigener Lösungsversuch 118

3. Anwendung der Definition der Rechtswidrigkeit der Bereicherung auf Problemsachverhalte 130

4. Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Rechtfertigungen 136

a) Einwilligung 136

b) Aggressivnotstand, § 904 BGB 137

c) Schlußbetrachtung 138

Seite

2. Abschnitt: Rechtswidrigkeit der Zueignung 139

I Das Problem 139

1. Problemaufriß und Frage einer Problemverwandtschaft zur Rechtswidrigkeit der Bereicherung 139

2. Problemsachverhalte 143

II Rechtswidrigkeit und Zueignung 147

1. Die entscheidende Fragestellung 147

2. Auswirkungen der verschiedenen Zueignungsbegriffe auf das Merkmal "rechtswidrig" 149

a) Zueignungsbegriff der herrschenden Meinung 149

aa) Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen 151

bb) Eigenmächtige Zueignung einer fremden Sache ohne Überschreitung anteiliger Berechtigung 151

cc) Eigenmächtige Zueignung einer fremden Sache, deren Nutzwert geschuldet wird 154

dd) Eigenmächtige Inpfandnahme einer fremden Sache 157

ee) Einwilligung in die Zueignung 159

Ausblick: Mögliche Tatbestandskorrektur durch die Rechtswidrigkeit der Zueignung 161

b) Restriktive Auslegung des Zueignungsbegriffs (Hirsch) 162

Seite

aa) Einbeziehung des Widerspruchs zur Eigentumsordnung in den Zueignungsbegriff 162

bb) Einwände gegen die von Hirsch vertretene Ansicht 164

c) Zueignung als Willenswidrigkeit (Maiwald) 167

3. Zusammenfassung 169

III Begriffsbestimmung der Rechtswidrigkeit der Zueignung 170

1. Widerspruch zur Eigentumsordnung (Rechtsprechungsmeinung) 171

a) Herstellung des von der Eigentumsordnung gewollten Zustandes (Individualanspruch) 171

b) Differenzierung zwischen Stück- und Gattungsschuld, insbesondere dargestellt anhand BGHSt 17, 87 172

c) Kritik an der Rechtsprechungsmeinung 175

aa) Kritik an BGHSt 17, 87 175

bb) Kritik am Argument der Herstellung des von der Eigentumsordnung gewollten Zustandes 177

2. Mangelnde Schutzwürdigkeit der Eigentümerposition (Schröder) 178

3. Entziehung der Sicherungsmöglichkeit (Maiwald) 179

Digitized by the Internet Archive in 2026

https://archive.org/details/IA41554811_0072

Seite

4. Zweckbindung des Eigentums (Mohrbotter) 181

5. Eigener Lösungsversuch 182

a) Eigentumsordnung als Bestandteil der Vermögensordnung 183

b) Eigentumsordnung zum Schutz der Herrschaftsbefugnis über eine Sache 184

c) Inhalt des Eigentumsschutzes: Vermögensschutz und Schutz der Herrschaftsbefugnis über eine Sache 187

d) Definition der Rechtswidrigkeit der Zueignung 188

IV Anwendung der Definition der Rechtswidrigkeit der Zueignung auf Problemsachverhalte 189

1. Herausgabeanspruch 189

2. Übereignungsansprüche 189

a) Individualanspruch 189

b) Gattungs- und Geldansprüche 190

3. Der durch anteilige Berechtigung begrenzte Anspruch 191

4. Anspruch auf den Nutzwert der zugeeigneten Sache 192

5. Forderung und eigenmächtige Inpfandnahme einer fremden Sache in Verwertungsabsicht 192

6. Aneignungsrechte 192

Seite

V Rechtswidrigkeit der Zueignung und Rechtfertigungsfälle 193

1. Einwilligung in die Zueignung 193

2. Einziehung, Beschlagnahme, Selbsthilfe, Aggressivnotstand, Notwehr und übergesetzlicher Notstand 195

3. Abschnitt: Rechtswidrigkeit der Bereicherung und der Zueignung und Behandlung der Irrtumsfälle 196

I Vergleich der Begriffe Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Rechtswidrigkeit der Zueignung 196

II Irrtumsfälle 199

1. Mögliche Irrtumskonstellationen 199

2. Behandlung der Irrtumsfälle in Literatur und Rechtsprechung und Bezug zur dogmatischen Einordnung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Zueignung 201

a) Die in den Bereicherungs- und Zueignungsdelikten erwähnte Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal 201

b) Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Rechtswidrigkeit der Zueignung als Tatbestandsmerkmal 204

3. Eigene Lösung der Irrtumsfälle 204

Zusammenfassung 209

Schrifttumsverzeichnis

Allfeld, Philipp	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Auflage, Leipzig, 1922
Androulakis	Objekt und Grenzen der Zueignung im Strafrecht, JuS 1968 S. 409 ff.
Ardinay, Henri	Der Betrug nach dem schweizerischen Strafgesetzbuch, SchwZStR 86 (1970) S.225
Arzt, Gunther	Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, Tübingen, 1970
Ballerstedt, Kurt	Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956, S. 267 ff.
Baumann, Jürgen	Strafrecht, Allgem. Teil, 5. Aufl., 1968
Baumann, Jürgen	Die Absicht der Zueignung, Diss.Hamburg, 1967
Beling, Ernst	Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906
Binding, Karl	Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bes. Teil, 1. Bd., 2. Auflage, Leipzig,1902 (zitiert Binding I S.) Bes. Teil, 2.Bd., 1. Abtlg., Leipzig, 1904 (zitiert Binding II S.) Die Normen und ihre Übertretung, 2. Bd., Hälfte 2, Nachdruck der 2. Aufl. Leipzig, 1916, Aalen, 1965 (zitiert Binding Normen II, 2.S.)
Birch, O.	Unrechtmäßige Bereicherungsabsicht, Ersatzbereitschaft und Verrechnungseinrede bei Vermögensdelikten, Kriminalistik 1962 S.181 ff., 227 ff., 277 ff., 329 f.
Bockelmann, Paul	Der Unrechtsgehalt des Betruges, Probleme der Strafrechtserneuerung, Berlin, 1944 S. 226 ff. (zitiert Bockelmann, Probleme S.) Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug, JZ 1952 S. 461 ff. Die Behandlung unvollkommener Verbindlichkeiten im Vermögensstrafrecht, Festschrift für Edmund Mezger,1954, S.363

Bockelmann, Paul	Literaturbericht in ZStW 65 (1953) S.599 ff.
	Literaturbericht in ZStW 69 (1957) S.269 ff.
	Anm. zum OLG Celle-U.- v. 8.3.1950 in SJZ 1950 Sp. 683 ff.
	Anm. zum BGH-U. v. 15.11.1951 in JZ 1952 S. 485 ff.
	Anm. zum BGH-U. v. 13.11.1958 in JZ 1959 S. 495 ff.
Boldt	Anm. zum RG-U. v. 6.1.1941 in DR 1941 S. 1147 ff.
	Anm. zum RG-U. v. 14.11.1940 in DR 1941 S. 492 ff.
Braun, Georg	Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils bei Betrug und Erpressung, Diss. Breslau, 1918
Brauweiler	§ 253 in der Strafgesetznovelle, ZStW 33 (1912) S. 93 ff.
Bruns, Hans-Jürgen	Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischem Denken, Berlin, 1938
	Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander ? in Festschrift für Edmund Mezger, 1954, S. 335 ff.
Busch	Anm. zum BGH-U. v. 20.3.1953 in LM Nr. 4 zu § 253
Cramer, Peter	Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich, 1968
	Grenzen des Vermögensschutzes im Strafrecht, JuS 1966 S. 472 ff.
	Kausalität und Funktionalität der Täuschungshandlung im Rahmen des Betrugstatbestandes, JZ 1971 S. 415
Dahm, Georg	Betrug, in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil, 2. Aufl., Berlin, 1936, S. 458 ff.
Dalcke-Fuhrmann-Schäfer	Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl., Berlin, 1961
Dallinger, Wilhelm	Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, MDR 1956 S. 9, MDR 1958 S. 738, MDR 1968 S. 16

Daude	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 13. Aufl., München und Berlin, 1920
Doerr, Friedrich	Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, Breslau, 1897
	Anm. zum RG-U. v. 14.7.1922 in JW 1923 S. 403
Dreher, Eduard	Strafgesetzbuch, 33. Aufl., München, 1972
	Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe in Festschrift für Ernst Heinitz, 1972 S. 207 ff.
Ellscheid	Das Problem der bewußten Selbstschädigung beim Betrug, GA 1971 S. 161 ff.
Engelhard	Die Erpressung nach Vertrags- und Relationstheorie, ZStW 35 (1914), S.414 ff.
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Münster, 1967
Eser, Albin	Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden, GA 1962 S. 289 ff.
	Zur Zueignungsabsicht beim Diebstahl, JuS 1964 S. 477 ff.
Foth, Heinrich	Betrug und illegales Rechtsgeschäft, GA 1966 S. 33 ff.
Frank, Reinhard	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen, 1931
	Rechtsprechung des Reichsgerichts, ZStW 14 (1894) S. 354 ff. (insbes.392 ff.)
	Erpressung, Vergl Darst BT VI S. 1 ff.
Franzheim, Horst	Zur Strafbarkeit des Komplicen- und Dirnenlohnbetruges, GA 1960 S. 269 ff.
Gallas, Wilhelm	Der Betrug als Vermögensdelikt, in Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, S.401 ff.
Gerland, Heinrich	Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin und Leipzig, 1922
Gribbohm, Günter	Die rechtswidrige Zueignung vertretbarer Sachen, NJW 1968 S. 240 f.

Grünhut, Max	Anm. zum RG-U. v. 13.5.1927 in JW 1927 S. 2701
	Anm. zum RG-U. v. 20.5.1927 in JW 1927 S. 2139
	Anm. zum RG-U. v. 3.12.1929 in JW 1930 S. 922
	Anm. zum RG-U. v. 26.1.1931 in JW 1932 S. 2434
Gutmann, Alexander	Der Vermögensschaden beim Betrug im Licht der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, MDR 1963 S. 3 ff., 91 ff.
Hälschner, Hugo	Das gemeine deutsche Strafrecht, 2. Bd., 1. Abtlg., Bonn, 1884
Harburger	Diebstahl und Unterschlagung in Vergl Darst B T VI S. 183 ff.
Hardwig, Werner	Beiträge zur Lehre vom Betruge, GA 1956 S. 6 ff.
Hartung, Fritz	Anm. zum BGH-U. v. 19.9.1952 in NJW 1953 S. 552 f.
Hegler, August	Anm. zum RG-U. v. 27.9.1923 in JW 1925 S. 1499 ff.
	Betrug, Vergl Darst BT VII S. 405 ff.
Herzberg	Bewußte Selbstschädigung beim Betrug, MDR 1972 S. 93
Heyer	Die Selbsthilfe, Archiv für Bürgerliches Recht 19 (1901) S. 38 ff.
v. Hippel, Robert	Deutsches Strafrecht, 2. Bd., Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, Berlin, 1930
Hirsch, Hans-Joachim	Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstrafbestimmungen, JZ 1963 S.149 ff.
Hirschberg, Rudolf	Der Vermögensbegriff im Strafrecht, Berlin, 1934
Jescheck	Lehrbuch des Strafrechts, Allgem. Teil, Berlin, 1969
Kasper, Franz	Das subjektive Recht - Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit -, Karlsruhe, 1967

Katz, Edwin	Beitrag zur Lehre von der Erpressung, GS 31 (1879) S. 424 ff.
Kempf, Uwe	Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Diss. Hamburg, 1965
Kitzinger, Friedrich	Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, GS 55 S. 1 ff.
Kohler, Josef	Über den Begriff der Erpressung, GA Bd. 56 (1909) S. 190 ff.
Kohlhaas, Max	Zur Strafbemessung bei Autodiebstählen, DAR 1962 S. 281 ff.
Kohlrausch, Eduard	Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen, in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil, 2. Aufl., Berlin, 1936, S. 474 ff.
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch, 38. Aufl., Berlin, 1944 43. Aufl., Berlin, 1961
Kollmann, Horst	Der Begriff der Rechtswidrigkeit im Sinne der Erpressung, ZStW 31 (1910) S.53ff.
Konzen, Horst	Aufopferung im Zivilrecht, 1969
Lackner-Maasen	Strafgesetzbuch, 6. Aufl., München, 1970
Lange, Richard	Literaturbericht in ZStW 68 (1956) S.599 ff.
LK	Strafgesetzbuch, 2. Bd., 8. Aufl., Berlin, 1958, herausgegeben von Jagusch-Mezger-Schaefer-Werner 9. Aufl., 6. Lieferung, Berlin, 1970, herausgegeben von Paulheinz Baldus und Günther Willms
Lenckner, Theodor	Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72 (1960) S. 446
	Zum Problem des Vermögensschadens (§§ 253, 263 StGB) beim Verlust nichtiger Forderungen, JZ 1967 S. 105 ff.
	Zum Begriff der Täuschungsabsicht in §267 StGB, NJW 1967 S. 1890 ff.

Lenckner, Theodor	Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensschaden bei Aufnahme eines Darlehens für einen bestimmten Verwendungszweck, NJW 1971 S. 599 f.
Lieder, Hans	Die strafrechtliche Zueignung, Diss. Münster, 1967
v. Liszt-Schmidt	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin und Leipzig, 1927
Lüderssen	Kann gewaltsame Wegnahme von Sachen Erpressung sein?, GA 1968 S. 257 ff.
Maiwald, Manfred	Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, Heidelberg, 1970
	Der Begriff der Zueignung im Diebstahls- und Unterschlagungstatbestand, JA 1971, [illegible]
	Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, in Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 9 ff.
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil, 4. Aufl., Karlsruhe, 1[illegible] Bes. Teil, 5. Aufl., Karlsruhe, 1969
Mayer, Hellmuth	Strafrecht, Allgem. Teil, Lehrbuch, 1953 (zitiert Mayer S.) Studienbuch, 1967 (zitiert Mayer StuB S.)
Merkel, Adolf	Die Lehre vom strafbaren Betrug, Kriminalistische Abhandlungen, Bd. II, Leipzig, 1867 (zitiert Merkel Krim.Abh.II S.
	Die Eigentumsverletzungen, in Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. III, Berlin, 1874, herausgegeben von Frh.v.Holtzendorff, S. 619 (zitiert Merkel HH III S.)
Mezger-Blei	Strafrecht, Allgem. Teil, 14. Aufl., 1970 Bes. Teil, 9. Aufl., 1966
Mohrbotter, Kurt	Rechtswidrigkeit von Zueignung und Bereicherung im Strafrecht, GA 1967 S. 199 ff..
	Anm. zum OLG Celle-U. v. 19.2.1970 in NJW 1970 S. 1857
Münzberg, Wolfgang	Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt, 1966

Nagler, Johannes	Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, in Festschrift für Karl Binding, Bd. II, Leipzig 1911, S. 273 ff.
	Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Festgabe für R. v. Frank, 1930, Neudruck, Tübingen, 1969, S. 339 ff.
	Bezugsscheine als Objekte von Vermögensverbrechen, ZAkDR 1941 S. 294 ff.
Naucke, Wolfgang	Der Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht, in Festschrift für Karl Engisch 1969, S. 274 ff.
Niethammer, Emil	Lehrbuch des Bes. Teils des Strafrechts, Tübingen, 1950
Noll, Peter	Der Einfluß von Kompensation und Retention bei den Delikten gegen das Eigentum, SchwZStR 71 (1956) S. 148 ff
v. Olshausen	Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 2. Bd., Leipzig, 1927 12. Aufl., 1. Bd., Berlin, 1942
Otto, Harro	Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, Berlin, 1970
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 31. Aufl., München, 1972
Paulus, Rainer	Der strafrechtliche Begriff der Sachzueignung, Neuwied und Berlin, 1968
Perrez, Josef M.	Der Betrug im italienischen und schweizerischen Strafrecht, Diss. Winterthur, 1963
Pfeiffer-Maul-Schulte	Strafgesetzbuch, Essen, 1969
Petters-Preisendanz	Strafgesetzbuch, 27. Aufl., Berlin, 1971
Pröll, Rudolf	Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim strafbaren Betrug, GA Bd. 67 (1919) S. 109 ff.
Rommel, Otto	Der Betrug, Leipzig, 1894
Roxin, Claus	Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, in Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin, 1966, S. 467 ff.

Rubo	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich und Einführungsgesetz, Berlin, 1879
Rudolphi, Hans-Joachim	Der Begriff der Zueignung, GA 1965 S. 33 ff
Sauer, Wilhelm	System des Strafrechts, Bes. Teil, Köln, Berlin, 1954
Schaffstein, Friedrich	Der Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung, GS 103 S. 292 ff.
	Zur Abgrenzung von Diebstahl und Gebrauchsanmaßung, insbesondere beim Kraftfahrzeugdiebstahl, GA 1964 S. 97 ff.
Schmidhäuser, Eberhard	Strafrecht, Allgem. Teil, Tübingen, 1970
Schmidt, Jürgen	Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, Köln, 1969
Schönke	Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München und Berlin, 1944 4. Aufl., München und Berlin, 1949
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch 16. Aufl., München, 1972
Schröder, Horst	Tatbestands- und Verbotsirrtum, MDR 1951 S. 387 ff.
	Rechtswidrigkeit und Irrtum bei Zueignungs- und Bereicherungsabsicht, DRiZ 1956 S. 69 ff.
	Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug, NJW 1962 S. 721
	Anm. zum BGH-U. v. 12.1.1962 in JR 1962 S. 347
	Anm. zum BayrObLG-U. v. 12.5.1964 in JR 1965 S. 27 f.
	Anm. zum OLG Hamburg-U. v. 8.6.1966 in JR 1966 S. 471
	Zum Vermögensbegriff bei Betrug und Erpressung, JZ 1965 S. 513 ff.
	Anm. zum BayrObLG-U. v. 6.12.1968 in JR 1969 S. 308
Schultz, Hans	Kartellabrede und Strafrecht, SchwZStR 74 (1959) S. 257 ff.

Schwander, Vital	Vermögen, Vermögensbeschädigung und Bereicherung, SchwZStR 78 (1962) S.334 ff.
von Schwarze	Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5. Aufl., Leipzig, 1884
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Bd. 2, 1967 Bd. 3, 1969 Bd. 4, 1968 Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
Stratenwerth, Günter	Strafrecht, Allgem. Teil I, Die Straftat, Köln, Berlin, Bonn, München, 1971 Zum Streit der Auslegungstheorien, in Festschrift für O.A. Germann, Bern, 1969, S. 257 ff.
Traeger	Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz, GS 94 (1927) S. 11[illegible] ff.
Waag	Was ist unter "Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen" zu verstehen?, GS 31 (1879) S. 241 ff.
Weidemann, Jürgen	Die funktionale Beziehung zwischen Irrtum und Schaden beim Betrug, GA 1967 S. 238 ff.
Welzel, Hans	Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin, 1969 Zum Schadensbegriff bei Erpressung und Betrug, NJW 1953 S. 652 f.
Werner	Anm. zum BGH-U. v. 19.9.1952 in LM Nr. 18 zu § 263
Wessels, Johannes	Strafrecht, Allgem. Teil, Karlsruhe, 1970 Die Entwendung von Dienstgegenständen zu vorübergehendem Gebrauch, JZ 1965 S. 631 ff. Zueignung, Gebrauchsanmaßung und Sachentziehung, NJW 1965 S. 1153 ff.
Widmaier, Gunter	Anm. zum OLG Stuttgart-U. v.14.1.1970 in NJW 1970 S. 672

Wieacker, Franz — Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung, DtRW 1941 S. 49 ff.

Zipf, Heinz — Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970

Die verwendeten Abkürzungen sind im Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache von Hildebert Kirchner, 2. Auflage, Berlin 1968 enthalten.

Einleitung

Trotz der manchmal betonten Eigenständigkeit des Strafrechts[1] kommt die Strafrechtswissenschaft nicht umhin, sich bei der Auslegung einzelner Merkmale der Straftatbestände am Zivilrecht zu orientieren. Dies gilt insbesondere für die Begriffe Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Rechtswidrigkeit der Zueignung. Diese erhalten ihren Inhalt aus dem Zivilrecht[2] und stellen in der als Einheit gedachten Rechtsordnung die Verbindung zu diesem her. Darin liegt aber zugleich die Gefahr unüberlegter Übernahme zivilrechtlicher Wertungen in das Strafrecht. Handlungen, die das bürgerliche Recht aus dem Interesse an der Erhaltung des Rechtsfriedens nicht gestattet, sind nicht notwendig als Straftat zu ahnden. So wertet [illegible][3] [illegible] stromis eigenmächtige [illegible] als Besitzstoß (§ 858 I BGB); der Besitz als tatsächliche Sachherrschaft ohne rechtlichen Zuweisungsgehalt ist aber nach zutreffender Ansicht[4] nicht unter den Schutz des Strafrechts gestellt.

---

1) vgl. etwa Bruns S. 226 ff, Foth GA 1964 S. [illegible], beiläufig Bockelmann Mezger-Festschrift (1954) S. [illegible] 497), differenzierend Jescheck § 6 II -S.31/32- a.A.: Hirschberg S.320 ff bekennt sich zu einer "materiellen" und "begrifflichen" Akzessorietät des Strafrechts

2) nicht allein aus dem Zivilrecht. Darauf wird noch einzugehen sein, wird hier aber vernachlässigt, da hauptsächlich Zivilrechtsverhältnisse Relevanz erlangen.

3) Ein anderes Beispiel gibt Maiwald in Maurach-Festschrift (1972) S.9(10 Fußn.4): das Verleiten zum Vertragsbruch mag eine sittenwidrige und rechtswidrige Schädigung gemäß § 826 BGB sein, ist damit aber noch nicht von vornherein mit Strafe bedroht. - Überhaupt sind schwerste Schädigungen, etwa aufgrund von Vertragsverletzungen, [illegible], aber nicht zugleich per se pönalisiert. Oder: Das furtum usus löst regelmäßig nur zivilrechtl., nicht aber auch strafrechtl. Folgen aus.

4) Stratenwerth Bnr. 187 -S.70-, Baumann Diss. S.22 Fußn.5, vgl. auch Foth GA 1966 S.33 (38). - Aus den Ausführungen Cramers S.222 ff, insbes.S. 230 ff und Maiwald S. 703 ff läßt sich herleiten, daß nicht der Besitzverlust oder die Besitzbeeinträchtigung als solche, sondern die Verletzung des hinter dem Besitz stehenden Rechtes die Strafbarkeit begründet. Vgl. zum strafrechtl. Besitzschutz ferner Hirschberg S.299 328

Die strafrechtliche Sanktion trifft nur rechtsgutverletzende Handlungen und findet hier seine Begrenzung[5].

Vor diesem Hintergrund - Eigenständigkeit des Strafrechts einerseits und Akzessorietät des Strafrechts zum außerstrafrechtlichen Recht zur Wahrung des Friedens der Einheit der Rechtsordnung andererseits - ist auch die Diskussion um die Begriffe "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" und "Rechtswidrigkeit der Zueignung" zu sehen und zu würdigen. Die Auseinandersetzung ist in neuerer Zeit durch GRAUHAN und HIRSCH neu belebt worden. GRAUHAN[6] meint, das Merkmal Rechtswidrigkeit der Bereicherung habe weder im Bereich der wirtschaftlichen Schadenstheorie noch im Bereich der von ihm vertretenen materialen Schadenstheorie eine eigene Bedeutung, sondern sei im Zusammenhang mit dem Schadensbegriff. HIRSCH[7] hält das Merkmal "Nachteilszufügung" in den Zueignungsdelikten für ein allgemeines Verurteilungsmerkmal. Mit diesen Auffassungen setzen sich GRAUHAN und HIRSCH in Widerspruch zur herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur. Diese beurteilt seit jeher die Frage der Strafbarkeit der Selbsthilfehandlungen des Gläubigers zur Anspruchsverwirklichung im Hinblick auf eine Bereicherungs- oder Zueignungsdelikt unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit der Bereicherung oder der Zueignung.

Diesen Meinungen nachzugehen, gibt den Anreiz und die Berechtigung der vorliegenden Untersuchung. Bei diesem Versuchen erweist sich allerdings eine Einschränkung als notwendig. Gegenstand der Untersuchung ist nicht die Auseinandersetzung um den Vermögens- und Zueignungsbegriff und das Abwägen von pro und contra der verschiedenen strafrechtlichen Vermögens- und Zueignungstheorien. Die gestellte Aufgabe liegt vielmehr im Erkennen der rechtlichen Inhalte der Begriffe Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Rechts-

---

5) Maurach AT § 19 II A 1 -S.213-. Freilich bedeutet die Verursachung der Rechtsgutverletzung oft nicht allein das Unrecht; hinzukommen muß häufig eine bestimmte Begehungsweise, vgl. unten S.119

6) S. 158 Fußn. 210, S.109 Fußn. 224

7) ZZ 1965 S.149 ff. Ihm folgen Welzel § 47,3 -S.345,346-, Kempf Diss. S. 81 ff, Baumann, Diss. S. 53 f

widrigkeit der Zueignung und im Aufdecken innerer Zusammenhänge zum Vermögens- und Zueignungsbegriff. Darüberhinaus soll ein Vergleich der erarbeiteten Begriffsbestimmungen ergeben, ob beiden untersuchten Merkmalen gleiche materielle Kriterien zugrundeliegen[8]. Endlich wird die Praktikabilität der vorgeschlagenen Lösung unter Anwendung auf ausgewählte Beispielssachverhalte nachgewiesen und die Berechtigung gleichmäßiger Behandlung der untersuchten Merkmale in den häufig von den Strafgerichten zu entscheidenden Irrtumsfällen überprüft.

1. Abschnitt: Rechtswidrigkeit der Bereicherung

I Das Problem

1. Problemaufriß

Das Verhalten des Gläubigers, der durch Täuschung oder Nötigung des säumigen Schuldners einen vermögensrechtlichen Anspruch realisiert oder durchzusetzen sucht, ist in zwei Richtungen strafrechtlich relevant. Einmal kann die Art und Weise des eigenmächtigen Vorgehens strafbar sein. Soweit der Gläubiger, um seinen Anspruch zu verwirklichen, etwa Gewalt anwendet, Zwang durch Androhung eines empfindlichen Übels ausübt, eine unechte oder verfälschte Urkunde in Täuschungsabsicht gebraucht oder sich unbefugt Wohnungseintritt verschafft, kommen die Deliktstatbestände der §§ 223, 240 [9],

---

8) Mit diesem Nachweis wäre der Auffassung Kempfs, Diss. S.2,3 entgegenzutreten, die Rechtswidrigkeit der Zueignung und des Vermögensvorteils seien verschiedenartig und einer Gleichbehandlung nicht zugänglich. Demgegenüber geht Mohrbotter GA 1967 S.199 ff ohne nähere Untersuchung von einer Gleichbehandlung der fraglichen Begriffe aus.

9) Soweit als Nötigungsmittel Gewalt gegen Sachen angewandt wird - dazu Schönke-Schröder § 240 Anm.7 und Vorbem. 6 ff vor § 234 - steht ebenfalls eine Bestrafung aus § 303 in Frage.

267 I 3. Alternative und 123 [10) 11)] in Betracht. Ihre Anwendung bereitet meist keine Schwierigkeiten. Auf diese Fragen ist demnach im Rahmen dieser Untersuchung nicht einzugehen, wenn auch zur Beschwichtigung des Rufes nach kriminalpolitisch wünschenswerter Bestrafung nicht aus den Augen verloren werden darf, daß in dieser Weise der kriminelle Gehalt eigenmächtiger Anspruchsdurchsetzung erfaßt sein kann[12)].

Von Bedeutung ist für diese Arbeit allein der zweite Aspekt: Macht sich der in Selbsthilfe seinen Anspruch verfolgende Gläubiger wegen des Zieles seiner Handlung eines Bereicherungsdeliktes strafbar? Hinter dieser Frage verbergen sich zwei Probleme. Das ist in der Rechtsprechung[13)] häufig übersehen oder vernachlässigt worden. Die erste Überlegung betrifft das Merkmal "Bereicherung". Es fragt sich nämlich, ob der Gläubiger im Falle erschlichener oder abgenötigter Anspruchsbefriedigung einen Vermögensvorteil erhält, der mit einer Vermögenseinbuße des Schuldners korrespondiert. Insoweit drängt sich folgender Gedanke aus dem Allgemeinen Schuldrecht auf: Die Anspruchserfüllung läßt die Forderung des Gläubigers untergehen und befreit den Schuldner somit von seiner Verbindlichkeit. Damit scheint die Antwort vorgegeben zu sein und ein Vermögensschaden nicht vorzuliegen. Doch ist eine sorgfältigere Prüfung im Hinblick auf die verschiedenen strafrechtlichen Vermögenstheorien nötig[14)]. Eine extrem wirtschaftliche Auffassung kennt keine Akzessorietät des Strafrechts vom Zivilrecht in dem Sinne, daß die im Allgemeinen Schuldrecht angeordnete Schuldbefreiung als Folge der Anspruchserfüllung zugleich als rechtliche Aussage

---

10) Zum Konkurrenzproblem, wenn der Hausfriedensbruch zur Begehung einer strafb. Hdlg. (etwa § 253) dient, vgl. Schönke-Schröder § 123 Anm. 31.
11) Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB
12) vgl. auch Bockelmann in Mezger-Festschrift (1954) S.363(380)
13) vgl. aus der neueren Rspr.: BGHSt 20, 136 (137), BGH NJW 1953 S. 1479, BGH GA 1966 S. 52 (53)
14) hier werden nur die wirtschaftliche und die materiale Vermögenstheorie genannt, zu dem Problem ausführlicher S. 47 ff.

für die Bewertung und Verneinung eines Vermögensschadens übernommen werden muß. Nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist allein entscheidend, ob lediglich eine Wertumsetzung bei gleich bleibender Vermögenslage des Schuldners anzunehmen und ein Vermögensschaden wegen Ausgleichs der Vermögensminderung durch einen gleichzeitig zufließenden Vorteil zu verneinen ist[15]. Oder anders ausgedrückt: Sind Anspruchsbefriedigung und Schuldbefreiung in ihrer Faktizität wirtschaftlich gleichwertig?[16] Dabei ist unter Anerkennung der individuellen Schadensberechung eventuell eine Differenzierung erforderlich, wenn der Gläubiger zwar einen bestimmten Geldbetrag zur Befriedigung seiner Forderung erhält, diesen jedoch dem Schuldner nicht abgeschwindelt, sondern abgenötigt hat, obwohl der Geldbetrag beispielsweise für einen anderen Gläubiger bereitgelegt war und der Schuldner nun wegen erneuten Hinhaltens des anderen Gläubigers von diesem wirtschaftliche Repressalien erleiden muß[17]. Nach der materialen Schadenstheorie ist der Vermögensschaden jede Einbuße an wirtschaftlichen Werten, die im Widerspruch zur Rechtsordnung steht[18]. Wie angedeutet und im Näheren noch darzulegen ist, präsentiert sich das Problem der Vermögensbeschädigung von den verschiedenen Ansätzen der einzelnen Vermögenstheorien her in unterschiedlichen Fragestellungen. Erschwert wird das Problem darüberhinaus, wenn nicht der Sachverhalt einer unmittelbaren Anspruchsbefriedigung zur Beurteilung ansteht, sondern der Gläubiger mittelbar seinen vermögensrechtlichen Anspruch zu realisieren sucht, indem er etwa seinem Schuldner einen Wechsel zum Zwecke der Diskontierung ablistet oder den Schuldner zur Darlehenshergabe unter Verheimlichung der Absicht bestimmt, die Darlehensschuld durch

---

15) Schönke-Schröder § 263 Anm. 77

16) Zum Schadensausgleich unten S. 84 ff.

17) Schönke-Schröder § 253 Anm. 9, § 263 Anm. 87 ff

18) Cramer S. 100

Aufrechnung mit einer eigenen Forderung gegen den Schuldner zu tilgen.
Erst nach Feststellung eines Vermögensschadens, dessen Problematik im Zusammenhang der hier aufgeworfenen Fragen der eigenmächtigen Anspruchsverwirklichung stichwortartig vor Augen geführt worden ist, ist Raum für die Erörterung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung[19]. Insoweit steht zur Entscheidung, ob der Vermögensvorteil, den der seinen Anspruch eigenmächtig verfolgende Gläubiger erlangt, der Rechtswidrigkeit entbehrt. Diese Fragestellung setzt freilich voraus, daß die Rechtswidrigkeit in Beziehung zur Bereicherung gesetzt werden kann und nicht als allgemeines Verbrechensmerkmal zu werten ist, wie es WELZEL[20] vorschlägt. Wenn insofern auf die späteren Ausführungen verwiesen wird[21], mag für das erste Verständnis genügen, daß zum Beispiel § 253 Abs. 1 neben der Rechtswidrigkeit der Handlungsmodalität, der die gesonderte Regelung des Absatz 2 zukommt, die Unrechtmäßigkeit der beabsichtigten Bereicherung verlangt.

Aufzuwerfen ist demnach die Frage nach dem rechtlichen Inhalt des Begriffes Rechtswidrigkeit der Bereicherung. Hier herrscht weitgehend Unsicherheit. Im Spektrum der Meinungen haben sich zwei Hauptrichtungen herausgebildet: die Deutung als "sine jus" durch die Reichsgerichtsrechtsprechung[22] und das Begreifen als "contra jus" durch eine im Schrifttum vorherrschende Auffassung[23].
Der Meinungsstreit währt seit Jahrzehnten mit unterschiedlicher Intensität, ohne daß bis heute eine befriedigende Lösung gefunden ist[24]. Diese Unklarheit kann auch nicht mit dem Hinweis MAURACHS entaktualisiert werden, in aller Regel werde in den Fällen eigenmächtiger Anspruchsverwirklichung dem Täter der auf die Rechtswidrigkeit der

---

19) Diese Reihenfolge in der Prüfung betonen BGHSt 19, 206 (216), Franzheim GA 1960 S. 269 (272)

20) NJW 1953 S. 652.

21) unten S. 35 ff.

22) Nachweise Fußn. 378

23) Nachweise Fußn. 415

24) vgl. auch Maurach BT § 38 II C 2 -S.329-, Mezger-Blei II § 58 VI 2 -S.200-

Bereicherung gerichtete Vorsatz fehlen[25]. Ein Bedürfnis nach Klärung des Begriffes "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" besteht gerade deshalb, weil eine sorgfältige Vorsatzprüfung ein nach Inhalt und Umfang fest umrissenes Bezugsmerkmal erfordert[26]. Im übrigen herrscht, wie schon kurz erwähnt, Streit über die dogmatische Einordnung des Merkmals Rechtswidrigkeit der Bereicherung und damit über die Beurteilung der Irrtumsfälle[27].

2. Problemsachverhalte

Das Thema dieser Untersuchung bleibt konturenlos ohne den praktischen Bezug. Daher werden zu Beginn die Problemsachverhalte aufgezeigt, zu deren Beurteilung das Merkmal "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" nach allgemeiner Ansicht dienen soll. Dies ist aus mehreren Gründen geboten. Einmal verdeutlicht eine fast unübersehbare Zahl von Urteilen, bei welchen Fallkonstellationen die Rechtswidrigkeit der Bereicherung Relevanz erlangen kann. Daher sind zumindestens die typischen Problemsachverhalte vor Augen zu führen. Zum anderen hat gerade der anläßlich unzähliger Fallentscheidungen dem Merkmal "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" zugeschriebene Begriffsinhalt zur Kritik angeregt und das Bemühen um abweichende Deutungen in Gang gesetzt. Endlich muß sich jede Interpretation eines Merkmals in ihrer Praktikabilität am konkreten Sachverhalt messen lassen.

Nachfolgend werden einige Sachverhaltsgruppen angeführt. Die Gruppen sind nicht streng nach einander ausschließenden Kriterien abgegrenzt und beanspruchen auch nicht, in ihrer Gesamtheit den Anwendungsbereich des Merkmals "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" zu bilden. Sie dienen vorrangig zur

---

25) Maurach BT § 38 II C 2 -S.329-, ebenso bzgl.der Rechtswidrigkeit der Zueignung BT § 26 III D 2 -S.212-. Berechtigte Kritik übt Hirsch JZ 1963 S.149 (153 Fußn.39)

26) vgl. Maurach AT § 20 V 2 -S. 244/245-

27) Eine stark geraffte Zusammenfassung geben Lackner-Maassen § 263, 9b.

Veranschaulichung der Vielfalt und Verschiedenartigkeit der Fälle, die eine Erörterung unter dem Blickwinkel der Rechtswidrigkeit der Bereicherung bedingen können[28].

(1) Der Gläubiger bestimmt den säumigen Schuldner durch Täuschung oder Nötigung zur geschuldeten vermeintlichen Leistung[29]. Ein Sonderfall ist die Rückverschaffung der eigenen Sache vom unrechtmäßig Besitzenden in beschriebener Weise[30]. Zweck und Folge des genannten eigenmächtigen Vorgehens kann auch die Leistung auf eine unvollkommene Verbindlichkeit (Naturalobligation) sein[31].

Gekennzeichnet wird diese Gruppe durch die u n m i t t e l b a r e eigenmächtige Anspruchsverwirklichung.

(2) Verwandt sind die Fälle, in denen der Gläubiger ebenfalls die Leistung auf die Verbindlichkeit erlangen will und sich wegen unsicherer Realisierbarkeit der Forderung ein Beweismittel durch List oder Nötigung verschafft[32]. Zu nennen ist hier neben der beschriebenen Fallkonstellation auch das in der Problematik entsprechend liegende Ablisten oder Abnötigen eines Beweismittels zur Abwehr eines nicht begründeten Anspruches, dessen Geltungmachung gleichwohl in tatsächlicher Hinsicht Erfolg versprechen mag[33].
Als Beweismittel kommen nur deklaratorische Urkunden (zum Beispiel Schuldschein, Quittung) in Betracht. Das Erschleichen einer verpflichtenden Schuldurkunde (zum Beispiel eines abstrakten Leistungsversprechens oder

---

28) zur rechtl. Würdigung der Fälle vgl. unten S.13 ff.

29) z.B. RGSt 7, 378

30) Beispiel von Pröll GA Bd. 67 S. 109 und Petters-Preisendanz § 263 VI 4 a.E.

31) RG Recht 1907 Nr. 835 (Spielschuld), RG Recht 1911 Nr. 939 (Ehemäklerlohn), BGH-U. v. 29.9.1967 - 5 StR 430/67 - mitgeteilt bei Dallinger MDR 1968 S.16 (18)

32) z. B. RGSt 64, 433 (435)

33) BGHSt 20, 136 = JZ 1965 S. 544 = NJW 1965 S. 594

Schuldanerkenntnisses gemäß den §§ 780, 781 BGB) bedingt wegen des Entstehens einer selbständigen Verpflichtung neben der zugrundeliegenden Schuld eine gesonderte Behandlung.

Die Gruppe (2) kann mit dem Stichwort "B e w e i s m i t - t e l b e t r u g" beschrieben werden.

(3) Eng an die Gruppe (2) lehnen sich die Sachverhalte an, in denen der Richter im Prozeß über einen vermögensrechtlichen Anspruch durch unwahre Angaben oder falsche, in den Prozeß eingeführte Beweismittel getäuscht wird, um ein der materiellen Rechtslage entsprechendes Urteil zu erzielen[34]. Auch hier kann Ziel die Realisierung eines begründeten Anspruches oder die Abwehr einer nicht bestehenden Forderung sein.

(4) Gegenstand mehrerer Urteile bildeten die Fälle, in denen der Gläubiger über ein anderes Rechtsgeschäft die Befriedigung seines Anspruches zu erreichen sucht. Als Beispiele seien genannt:
Der Anspruchsberechtigte läßt sich von seinem Schuldner Kaufware aushändigen und rechnet gegenüber der Kaufpreisschuld mit seiner eigenen Forderung auf[35]. Oder:
Der Gläubiger veranlaßt den Schuldner zur Darlehenshingabe unter Verheimlichung der Absicht, die Darlehensschuld statt durch die erhoffte Barrückzahlung im Wege der Aufrechnung mit einer eigenen Forderung zu tilgen[36].

---

34) RGSt 72, 133, RG HRR 1940 Nr. 473, RG-U. v. 31.3.1942 - 4 D 181/41 - mitgeteilt von Hartung NJW 1953 S. 552 (553), BGHSt 3, 160 = JZ 1952 S. 726 = JR 1953 S. 26 = NJW 1952 S. 1345 m. Anm. Hartung NJW 1953 S. 552 = LM Nr. 18 zu § 263 m. Anm. Werner

35) RGSt 57, 370 = JW 1925 S. 1499 m. Anm. Hegler

36) RGSt 77, 184 = DR 1944 S. 154, BGH NJW 1953 S. 1479 = LM Nr. 26 zu § 263

Ein weiterer, hierher gehörender Fall betrifft die Leistung eines aliuds: Der Schuldner erbringt aufgrund einer Täuschung eine nicht geschuldete Leistung; eine Leistung mit entsprechendem Vermögenswert wird jedoch aus einem anderen Rechtsgeschäft oder kraft Gesetzes geschuldet.

Kennzeichnend für diese Gruppe ist die m i t t e l - b a r bezweckte Anspruchsbefriedigung.

(5) Ähnlichkeiten zur Gruppe (2) (Beweismittelbetrug) und zur Gruppe (4) (mittelbar bezweckte Anspruchsbefriedigung) weisen die Sachverhalte auf, in denen der Gläubiger den Schuldner durch Täuschung oder Nötigung zur Verpflichtung in einem abstrakten Schuldverhältnis neben der zugrundeliegenden Schuld bestimmt. Hauptfall und von den Obergerichten mehrmals entschieden ist das Eingehen einer Wechselverbindlichkeit[37]. Eine gleiche Beurteilung müssen aber alle vergleichbaren Ausprägungen der Anweisung erfahren, insbesondere der Scheck und das Akkreditiv. Zu dieser Gruppe gehört ferner die Begründung eines abstrakten Leistungsversprechens oder Schuldanerkenntnisses (§§ 780, 781 BGB)[38].

Das Unterscheidungsmerkmal zur Gruppe (2) liegt in der rechtlichen Ausgestaltung des abstrakten Schuldverhältnisses: dieses besteht rechtsgrundgelöst und dient nicht vorrangig Beweisbedürfnissen. Die Grenze zur Gruppe (4) ist nur im Einzelfall klar zu ziehen. In den Fällen der Gruppe (4) hat es der Gläubiger in der Hand, nach Entstehen der Aufrechnungslage seine Forderung durch Erklärung der Aufrechnung zu realisieren. Die in der Gruppe (5) beschriebenen Handlungsweisen geben dem Gläubiger nur eine zusätzliche Sicherung, zu seinem Recht zu kommen. Voraussetzung ist dazu etwa die Bonität des Schecks, Wechsels u.s.w.

---

37) RGSt 66, 409, RG HRR 1928 Nr. 1537, BayrObLGSt 1955, 3
38) RG HöchstRR 3, 279

Den im Vorhergehenden aufgezeigten Sachverhaltsgruppen (1) bis (5) ist ein gemeinsames Prinzip zu entnehmen: in den verschiedenen Fallkonstellationen geht es um die vom Gläubiger erstrebte und sein Handeln motivierende Verwirklichung eines begründeten vermögensrechtlichen Anspruches. Insoweit stellt sich das Problem des Vermögensschadens und gegebenenfalls der Rechtswidrigkeit der Bereicherung. In der Regelung dieser Frage der eigenmächtigen Anspruchsbefriedigung kann die Bedeutung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung liegen und begrenzt sein. Diese Eingrenzung braucht aber nicht zwingend zu sein. Wenn als materialer Gehalt der Rechtswidrigkeit der Bereicherung der Widerspruch zur Rechtsordnung (im umfassenden Sinne) festzustellen ist, bedarf der Klärung, ob etwa der Fall des gesetzlich statuierten Notstandes (§ 904 BGB) nicht bereits entgegen der bisherigen Praxis auf der Tatbestandsebene unter dem Gesichtspunkt fehlender Rechtswidrigkeit der Bereicherung abzuhandeln ist. Mit dieser Überlegung ist zu der letzten Sachverhaltsgruppe überzuleiten, die allerdings außerhalb der vorangestellten Gruppen (1) bis (5) anzusiedeln ist, deren Zusammenhang das hier nicht zutreffende Prinzip der eigenmächtig vom Gläubiger erstrebten Anspruchsverwirklichung herstellt.

(6) Die letzte Gruppe betrifft die nach herrschender Meinung gerechtfertigten (das heißt durch Erlaubnissätze gedeckten) Handlungen im Rahmen der Bereicherungsdelikte. Stellvertretend wird ein von MAURACH[39)] für den Diebstahl gebildetes, die Notstandssituation des § 904 BGB darstellendes Beispiel abgewandelt: der zahlungsunfähige Täter schwindelt oder nötigt dem Apotheker Medikamente und Verbandsstoffe ab, um damit einen Schwerverletzten zu versorgen.

---

39) AT § 24 I B 3 c -S.289-, für § 246: Maurach BT § 27 II A 2 c -S.243-. Ein entspr. Beispiel nennt Schmidhäuser 9/47 -S.25[illegible] vgl. auch Baumann § 21 II 3 b -S.304-. Ein ähnliches Beispiel findet sich auch bei Petters-Preisendanz, Strafrechtsfälle, Vorbem. A III 5 zu Fall 13-S.363-: Ein Arzt, dessen eigener Wagen streikt, nötigt den Fahrzeughalter X zur Herausgabe des Wagens, um damit einen Schwerverletzten in die nächste Klinik zu bringen. Freilich bedeutet eine ganz vorübergehende Besitzbeeinträchtigung keinen Schaden i.S. des § 243

Wenn auch als Rechtfertigung einer Betrugs- oder Erpressungshandlung meist nur § 904 BGB vorstellbar scheint, ist diese Gruppe nicht auf diesen Rechtfertigungsfall beschränkt[40].

Die in den sechs Gruppen angeführten Beispiele sind auf den Betrugs- und Erpressungstatbestand zugeschnitten. Ob das im einzelnen in den Problemsachverhalten beschriebene Verhalten als Betrug[41] und als Erpressung strafbar ist, wird, soweit das Merkmal "Vermögensschaden" zu bejahen ist, davon abhängen, wie der Begriff der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" zu bestimmen ist. Um eine allgemeine Definition dieses Begriffes zu finden, ist zunächst zu erörtern, ob die Merkmale der "Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils" in § 263 und der zu Unrecht erstrebten Bereicherung in § 253 eine Gleichbehandlung erlauben und erfordern. Darüberhinaus ist zu klären, ob sich das Problem der Rechtswidrigkeit der Bereicherung allein für die Tatbestände der §§ 253, 263 stellt oder

---

40) Denkbar ist etwa ein Notwehrfall. Das gleiche Problem entsteht auch hinsichtlich der Einwilligung des zur Disposition befugten Rechtsgutträgers. Die Einwilligung wird allgemein als Rechtfertigungsgrund gewertet, vgl. Baumann § 21 II 4 -S.306-. Bei § 253 wird zunächst zu unterscheiden sein: Ist der Rechtsgutträger mit der Handlung -Gewaltanwendung oder Drohung - einverstanden, entfällt bereits der Tatbestand (sogen.Einverstandnis), vgl. Maurach AT [illegible] -S.340-, Schönke-Schröder Vorbem. [illegible] vor § 51, ähnlich Baumann § 21 II 4 e - S.316-. Enthält dagegen die Einwilligung die Gestattung des Eingriffs in das Vermögen, aber nicht die Einwilligung in eine Gewaltanwendung oder Drohung, wird das aufgeworfene Problem akut, wenn eine derartige wirksame Zustimmung denkbar ist, vgl. dazu unten S.136f . Nach einer neueren Ansicht verhindert jede wirksame Einwilligung die Tatbestandserfüllung, Zipf S. 30.

41) Betrug kommt in Betracht, wenn der Täter, wie etwa beim Prozeßbetrug, die vermögensschädigende Wirkung der Vermögensverfügung verschleiern will. Betrug ist ein Delikt unbewußter Selbstschädigung, hM: Cramer S.206 ff, ders. JZ 1971 S.415, Frank § 263 VI 1 m.N. der ält.Lit., Schönke-Schröder § 263 Anm. 37 m.w.N. Dies erklärt sich dadurch, daß der Täter das Opfer als Werkzeug für seine Zwecke einsetzt, Lenckner NJW 1971 S.599 (600) Kritisch Ellscheid GA 1971 S.161 (165 ff).
AA. neuerdings Herzberg MDR 1972 S.93 (97) unter Aufgabe seiner früher vertretenen Auffassung und nunmehriger Ausklammerung sozialadäquater Täuschungshandlungen aus dem Betrugstatbestand

ob die Untersuchung auch auf weitere Delikte ausgedehnt werden muß. Im letzteren Fall wäre die Aufzählung der Problemsachverhalte unvollständig und ergänzungsbedürftig.

II Intrasystematische Betrachtung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung

Im Rahmen einer intrasystematischen Betrachtung sind die Begriffe Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils und Unrechtmäßigkeit der Bereicherung in den Tatbeständen des Strafgesetzbuches zu beleuchten; zugleich wird so der Geltungsbereich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung abgegrenzt.

1. Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils in § 263 und Unrechtmäßigkeit der Bereicherung in § 253

a) Gleichbehandlung

Der Tatbestand des § 263 enthält in seinem Wortlaut die Wendung "Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen"[42]. Das vergleichbare Merkmal für das Delikt der Erpressung ist sprachlich anders gefaßt: "um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern"[43]. Nach einhelliger Ansicht[44] liegt den abweichenden Formulierungen kein sachlicher Unterschied

---

42) In § 252 E 62 heißt es: "um daraus sich oder einen Dritten widerrechtlich zu bereichern". Sachlich entspricht diese Wendung der bisherigen Fassung in § 263, vgl. Begr. E 62 S. 424

43) § 259 E 62:"um daraus sich oder einen Dritten widerrechtlich zu bereichern."

44) Bayr. ObLGSt 1955, 8 (14), Dreher § 253, 3B, Lackner-Maassen § 253, 6 a, Maurach BT § 37 II 3 A 2 f -S.295-, Mezger-Blei II § 61 I 4 a -S.211-, Nagler in LK 6.7.Aufl. (1951) Vorbem. VI vor § 249, Schönke-Schröder § 253 Anm. 19

zugrunde, so daß eine Gleichbehandlung geboten ist. Davon geht auch WELZEL [45] aus, der sowohl die als Adjektiv des Vermögensvorteils in § 263 genannte Rechtswidrigkeit als auch die Unrechtmäßigkeit der Bereicherung in § 253 als allgemeines Verbrechensmerkmal ansieht. Interessanterweise wollten auch diejenigen Autoren [46] die Merkmale Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils in § 263 und Unrechtmäßigkeit der Bereicherung in § 253 gleichbehandelt wissen, die aus der Neufassung des § 253 [47] durch die Novelle vom 29.5.1943 [48] eine vom Gesetzgeber gewollte Abkehr von der durch die Reichsgerichtsrecht-

---

45) Welzel § 54 II -S.377-, § 55 II 2 -S.381-, ders. NJW 1953 S.652

46) insbes. Nagler in LK 6.7.Aufl. Vorbem. VI vor § 249, ebenso Kohlrausch 38. Aufl. (1944) § 253 Bem. 7, § 263 Bem. 6 (ähnlich noch Kohlrausch-Lange § 253 VIII b und § 263 VI 1 mit Verweisung auf § 253 VIII b) und Schönke 2. Aufl. (1944) § 253 IV 2 b, § 263 VII 2 b (geändert durch Schröder ab 8. Aufl.)

47) § 253 a.F. lautete:
Wer, um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, einen anderen durch Gewalt oder Drohung zu einer Handlung, Drohung oder Unterlassung nötigt, ist wegen Erpressung mit Gefängnis nicht unter einem Monat zu bestrafen. (II) Der Versuch ist strafbar.
§ 253 wurde geändert durch Art. 5 der VO vom 29.5.1943 in:
(I) Wer einen anderen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt und dadurch dem Vermögen des Genötigten oder eines anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, wird wegen Erpressung mit Zuchthaus oder mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft. (II) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des angedrohten Übels zu dem angestrebten Zweck dem gesunden Volksempfinden widerspricht.
Seine jetzige Fassung erhielt § 253 durch das 5. StrÄndGes vom 4.8.1953 (BGBL I S. 735).

48) VO vom 29.5.1943 (RGBL I S. 341)

sprechung gefestigten Deutung der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils als "sine jus" folgerten und eine Neuinterpretation der vergleichbaren Merkmale in § 253 n.F. und in § 263 anregten.

Ledigleich der Standpunkt SCHÄFERS[49] zu der Frage der Gleichbehandlung bleibt verschwommen: Während für die Unrechtmäßigkeit der Bereicherung in § 253 Prüfungsmaßstab sein soll, ob "die Bereicherung für das natürliche Rechtsempfinden als Unrecht erscheint, gleichgültig, ob und wie das im bürgerlichen Recht zum Ausdruck kommt"[50], beschränkt sich die Kommentierung zur Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils in § 263 ohne nähere Auseinandersetzung mit Gegenmeinungen auf den knappen Hinweis auf wenige höchstrichterliche Urteile, die in Bestätigung und Fortsetzung der Reichsgerichtsrechtsprechung die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils als "sine jus" beurteilen[51]. Dennoch kann trotz der widersprüchlichen Kommentierung der hier interessierenden Merkmale in den §§ 253 und 263 nicht eine gewollte unterschiedliche Behandlung der vergleichbaren Begriffe angenommen werden. Vielmehr ist eine gegenteilige Auffassung belegbar, die aus Versehen oder Gedankenlosigkeit keinen Niederschlag in den Bemerkungen zur Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils in § 263 gefunden hat. Zu § 253 führt SCHÄFER[52] unter Hinweis auf DAHM[53] und KOHLRAUSCH[54] aus, bei der Auslegung des Begriffes "zu Unrecht" sei zu berücksichtigen, daß dieser anstelle des Begriffes "rechtswidrig" gewählt worden sei, um die lediglich formalrechtliche

---

49) in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer zu den §§ 253 und 263
50) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 253 Bem. 9
51) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 263 Bem. 3
52) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 253 Bem. 9
53) Dahm.in Gürtner II S. 458 (464)
54) Kohlrausch in Gürtner II S. 474 (493)

Abgrenzung[55] durch eine materielle Bewertung zu ersetzen. Am zitierten Ort berichtet DAHM [56] aber gerade über den Vorschlag der Reformkommission, für den Betrug klarzustellen, daß der angestrebte Vorteil "unberechtigt" sein muß[57] und daß dieser Begriff ebenso wie in der geplanten Neufassung der Erpressung[58] daran zu messen ist, ob die Bereicherung für die Volksanschauung als Unrecht erscheint.[59] Daher verwundert, daß SCHÄFER diese Gedanken bei der Kommentierung der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils in § 263 unterdrückt. Eine gewollte Ungleichbehandlung der vergleichbaren, hier interessierenden Begriffe in den §§ 253 und 263 ist jedenfalls nicht nachweisbar.

Wenn zwar lediglich der Erpressungstatbestand geändert wurde[60], zeigt sich doch auch anhand der mitgeteilten Vorstellungen der Reformkommission[61] die angestrebte Gleichbewertung der Merkmale "Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils" in § 263 und "Unrechtmäßigkeit der Bereicherung" in § 253. Trotz der abweichenden Formulierungen im geltenden Recht ist ein Grund für eine unterschiedliche Bewertung nicht ersichtlich.

---

55) Gemeint sind die Interessenabwägungen in Anlehnung an Grundsätze des zivilrechtl. Begriffs, wie das RG; eine Übertragung dieser in der Lit.: nach Steinbrecher [illegible] zurückführbar, vgl. Dahm a.a.O. S. [illegible] (1964) und unter [illegible]

56) Dahm in Gürtner II S. 458 (464)

57) vgl. § 446 E 1938 ("zu Unrecht")

58) [illegible] S. 470 (1935) heißt [illegible] Bereicherung [illegible] "[illegible] Unrechtsbereicherung", [illegible] § 1 [illegible] (zu Erpressung)

59) Gleichstellung wie der in Anmerk. [illegible] zum Ausdruck kommt. [illegible] vgl. Schönke a.a.O. 1. [illegible] VII [illegible] und [illegible] aus dem Bereich der [illegible] Gleichschaltung [illegible] und Erpressung bezwecken die §§ 252, 259 E 62

60) [illegible] Gleichschaltung [illegible] Gürtner II S. 474 (493)

61) [illegible] Gürtner II [illegible] Gesetzesentwurf [illegible]

b) Behauptete Ungleichbewertung

Demgegenüber wird behauptet, gelegentlichsei in der Rechtsprechung aufgrund der Neufassung des § 253 durch die Novelle vom 29.5.1943 auf einen sachlichen Unterschied in der Qualifikation des Bereicherungsvorganges geschlossen worden[62]. Eine derart differenzierende Betrachtung wird den Entscheidungen der Oberlandesgerichte HAMM [63] und CELLE [64] aus den Jahren 1948 und 1949 nachgesagt. Indessen ergibt eine nähere Überprüfung die Unhaltbarkeit dieser Aussage.

Das Oberlandesgericht HAMM hatte aus der Neufassung des § 253 eine sachliche Änderung gefolgert[65] und nunmehr erwogen, im Anschluß an SCHÖNKE [66] die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils in § 263 entsprechend der für die Erpressung getroffenen Regelung neu zu bestimmen und somit diesem Begriff einen anderen Inhalt beizulegen, als er ihn seit jeher durch die Reichsgerichtsrechtsprechung erfahren hat. SCHÖNKE [66] wollte in Übereinstimmung mit der im Entwurf 1927 in Aussicht genommenen Lösung die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils in § 263 ebenso wie die zu Unrecht erstrebte Bereicherung in § 253 n.F. daran messen, "ob die erstrebte Bereicherung nach der Volksanschauung als Unrecht erscheint, unabhängig davon, ob und wie das im bürgerlichen Recht zum Ausdruck kommt". Im Ergebnis ließ das Gericht die Frage der Anpassung des Merkmals des rechtswidrigen Vermögensvorteils in § 263 an den veränderten § 253 n.F. offen, da der auf die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils gerichtete Vorsatz

---

62) Maurach BT § 37 II A 3 f -S.295-

63) HESt 2, 32 Nr. 17

64) HESt 2, 314 Nr. 176 = JR 1950 S. 120

65) HESt 2, 32 (33 u.) im Anschluß an Schönke 4. Aufl. § 253 VI 2 b

66) 4. Aufl. § 263 VII 2 b

nicht nachzuweisen war[67].
Das Oberlandesgericht CELLE [68] bekannte sich ebenso wie das Oberlandesgericht HAMM zu der von SCHÖNKE [69] vorgeschlagenen und ebenfalls von KOHLRAUSCH [70] vertretenen Interpretation der zu Unrecht erstrebten Bereicherung in § 253 n.F. und stellte insoweit fest, daß damit die zu enge Auffassung des Reichsgerichts zur Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils in § 253 a.F. und § 263 für den Bereich der Erpressung überwunden sei. Unbehandelt blieb die nicht akute Frage, ob nunmehr die Rechtswidrigkeit der Bereicherung in § 263 neu überdacht und entsprechend der für § 253 n.F. gefundenen Lösung geändert werden müsse[71].

Den beiden Oberlandesgerichtsurteilen ist nur zu entnehmen, daß nach der Neufassung des § 253 die Unrechtmäßigkeit der Bereicherung in § 253 n.F. neu zu bestimmen sei; eine nunmehr notwendige unterschiedliche Beurteilung der vergleichbaren Merkmale in den §§ 253 und 263 läßt sich aus den erwähnten Entscheidungen nicht herleiten. Vielmehr hatte das Oberlandesgericht HAMM [72] das Problem einer erforderlichen Neuinterpretation der Rechtswidrigkeit der Bereicherung nicht nur für § 253 n.F., sondern gerade auch für den unverändert geltenden § 263 aufgeworfen.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Die Begriffe "Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils" in § 263 und der "zu Unrecht erstrebten Bereicherung" in § 253 entsprechen einander und sind gleich zu interpretieren. Die Neufassung des § 253

---

67) Die Argumentation des Gerichts überzeugt nicht im vorliegenden Fall. Sie ist nur dann stichhaltig, wenn sich ein fehlender Verwirklichungswille des Täters im Hinblick auf die Rechtsw.Fr. des Vermögensvorteils nach beiden möglichen Auslegungen feststellen läßt. Diese Prüfung ist unterblieben.

68) HESt 2, 314 (315)

69) 4. Aufl. § 253 IV 2 b

70) 38. Aufl. § 253 Anm. 7

71) Hierzu wäre eine Auseinandersetzung mit den in Fußn. 46 genannten Autoren nötig gewesen

72) HESt 2, 32 (34)

durch die Novelle vom 29.5.1953 erfordert keine unterschiedliche Bewertung der Merkmale. Dieses Ergebnis wird bestärkt durch die im Schrifttum vorherrschende Meinung[73] über die gleiche Tatbestandsstruktur der Delikte "Erpressung" und "Betrug" als Vermögensdelikte.

2. Rechtswidrigkeit der Bereicherung in weiteren Tatbeständen des StGB

a) Qualifikationen und besonders schwere Fälle des Betruges und der Erpressung

In die Betrachtung über die Rechtswidrigkeit der Bereicherung sind außer den Delikten der §§ 253 und 263 die Qualifikationen und die besonders schweren Fälle[74] des Betrugs und der Erpressung einzubeziehen: Die für die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils in § 263 und entsprechend für die zu Unrecht erstrebte Bereicherung in § 253 geltenden Grundsätze sind insoweit ebenfalls anwendbar.

b) Notbetrug, § 264 a

Für den gegenüber § 263 zum Sonderdelikt[75] erhobenen Not-

---

73) Lackner-Maassen § 253, 2 b, Maurach BT § 37 I C -S.288-, § 37 II A 1 -S.289-, Schönke-Schröder § 253 Anm.1, Schröder JR 1966 S.471 (472), Welzel § 55 -S.380-.
a.A. BGHSt 14, 386(390/391) - Der Streit, welches Rechtsgut durch § 253 überwiegend geschützt werde, ist hier unerheblich, vgl. Maurach a.a.O. u. Mezger-Blei II § 60 II a.E. -S.208-

74) Ob der "besonders schwere Fall" als sog. unbenannte Strafmilderung bloße Strafzumessungsregel ist, mag dahinstehen, vgl. dazu die Übersicht bei Lackner-Maassen § 13, 3 a. Unabhängig von der Frage der Rechtsnatur des "besonders schweren Falles" genügt hier die Feststellung, daß jedenfalls die Betrugs- bzw. Erpressungsmerkmale vorauszusetzen sind.

75) Lackner-Maassen § 264 a,1, Maurach BT § 38 IV 1 -S.332-, Schönke-Schröder § 264 a Anm. 1.

betrug, § 264 a, ergeben sich ebenfalls keine Schwierigkeiten: Begrifflich liegt auch hier Betrug vor[76]. Demnach setzt die Vorschrift des § 264 a unter anderem entsprechend § 263 die Rechtswidrigkeit der - geringwertigen - Bereicherung voraus[77]. Andernfalls entständen unerklärliche Ungereimtheiten. Bei Verzicht auf das Erfordernis der Rechtswidrigkeit der Bereicherung in § 264 a erwiese sich die aus sozialen Gründen geschaffene Vergünstigung des § 264 a als strafbegründend für ein Verhalten, das bei Vorliegen der näheren Voraussetzungen des § 264 a strafbar wäre, aber wegen fehlender Rechtswidrigkeit der Bereicherung nach dem durch die Anwendung des Sonderdelikts § 264 a verdrängten § 263 straflos bliebe. Eine derartige Konsequenz widerspricht dem vom Gesetzgeber gewollten Zusammenspiel der Vorschriften §§ 264 a und 263. Folglich geht § 264 a von dem Betrugstatbestand (mit Einschluß der Rechtswidrigkeit der Bereicherung) aus und macht die Vergünstigung für den Täter von den weiteren in § 264 a genannten Voraussetzungen abhängig.

c) Versicherungsbetrug, § 265

Unklar ist das Verhältnis zwischen Betrug und Versicherungsbetrug (§ 265) und damit insbesondere die Frage, ob die Rechtswidrigkeit der Bereicherung in die "betrügerische Absicht" im Sinne des § 265 hineinzubeziehen ist. Die Bewertung der betrügerischen Absicht im Sinne des § 265 ist ein seit langem umstrittenes Problem[78]. Es legt sich zwanglos für [illegible][79], der die als Adjektiv des Vermögensvorteils in

76) Dreher § 264 a, 1

77) [illegible] § 264 a, 4 b, Schönke-Schröder § [illegible]

78) [illegible] 1, [illegible], [illegible] Celle SJZ 1950, Sp. [illegible], [illegible] SJZ 1950, Sp. 683, Boldt DR 1941 S. 1147 ff.

79) [illegible] S. [illegible] (aus a.a.)

§ 263 genannte Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal qualifiziert und demnach die betrügerische Absicht im Sinne des § 265 als Absicht bestimmt, durch Schädigung des Versicherers dem Versicherten einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

aa) Einbeziehung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung

Eine streng den Wortlaut respektierende Auslegung kann nur dazu führen, die betrügerische Absicht im Sinne des § 265 mit der Absicht des § 263 gleichzusetzen, nämlich sich oder einem anderen durch Betrug[80)] einen widerrechtlichen Vermögensvorteil zu verschaffen[81)]. Weitreichende Konsequenz ist eine Tätereingrenzung für den Versicherungsbetrug, die leicht aufzuzeigen ist. Wie der Begriff der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" auch bestimmt sein mag, bedeutsam ist hier die nach allen Meinungen gefestigte Aussage, daß zumindestens nicht der Vermögensvorteil rechtswidrig sein kann, auf den ein materiell begründeter fälliger Anspruch besteht. Folglich ist ein die Brandstiftung verübender Dritter nicht aus § 265 zu bestrafen, wenn der Versicherungsnehmer die volle Entschädigungssumme beanspruchen kann. Nur in seltenen Fällen ist demnach ein Dritter nach § 265 zur Verantwortung

---

80) genauer: durch Täuschung des Versicherers über den wahren Grund des Versicherungsfalles.

81) so die überwiegende Meinung: RGSt 23, 352; 62, 297; 69, 1; RG JW 1927 S. 2701, Nr. 19, m. zust.Anm. Grünhut; RG JW 1935 S. 941 Nr. 25, RG JW 1935 S. 2817 Nr. 10 (unter Hinweis auf RG JW 1935 S. 941 Nr. 25), RG HRR 1937 Nr. 1354 (Repräsentantenhaftung), RG HRR 1937 Nr. 1622 (unter Bestätigung von RGSt 62, 297; 69, 1) BGHSt 1, 209; LK 3. Aufl. § 265, 5 b, Maurach BT, § 33 IV B 3 -S.333-, Petters-Preisendanz § 265, 5, Schönke-Schröder § 265 Anm. 12

zu ziehen, so bei einer dem Täter bekannten Überversicherung und erhoffter vollständiger Auszahlung (vgl. § 55 VVG), bei einverständlichem Zusammenwirken zwischen Versichertem und Drittem (§ 61 VVG) [82] und ausnahmsweise beim Einstehenmüssen des Versicherungsnehmers für das Verhalten des Brandstifters im Rahmen der im Versicherungsvertragsrecht entwickelten Repräsentantenhaftung[83]. Nach allgemeiner Ansicht [84] genügt aber nicht das eigene wirtschaftliche Interesse des Täters an der ihm rechtlich nicht zustehenden Versicherungssumme, während BOCKELMANN [85] unter Hinweis auf die Rechtsprechung[86] im Versicherungsvertragsrecht auch den wirtschaftlich an der Versicherungssumme Interessierten aus § 265 betrafen will, da dieser als "wahrer wirtschaftlich Versicherter" zu gelten habe, dessen Verhalten sich der Versicherungsnehmer zurechnen lassen müsse (§ 61 VVG).

bb) Ausschluß der Rechtswidrigkeit der Bereicherung

Um den wirtschaftlich an der Auszahlung der Versicherungssumme interessierten Täter aus § 265 bestrafen zu können, ist die Kritik an einer zu engen an § 263 angeschlossenen Begriffsbestimmung der betrügerischen Absicht in § 265 aufgegeben worden[87]. Während das REICHSGERICHT [88] [illegible]

---

82) RGSt 23, 352

[illegible]

utoren

85) SJZ 1950 Sp. 683 (687)

86) RGZ 149, 69

87) vgl. RGSt 75, 60 = DR 1941 S. 1147 m.Anm. Boldt. OL[illegible] SJZ 1950 Sp. 683, Welzel NJW 1953 S. 1[illegible]

88) RGSt 75, 60 = DR 1941 S. 1147

aus § 265 analog bestraft hat, meint BOLDT [89] in einer Anmerkung zu diesem Urteil, § 265 im Wege der Auslegung unmittelbar anwenden zu können. Der Streit geht im Kern darum, ob § 265 neben dem Vermögen des Versicherers auch das Interesse der Allgemeinheit an der sozialen Leistungsfähigkeit der Versicherungsunternehmen schütze[90].

cc) Stellungnahme

Eine Ausweitung des Rechtsgüterschutzes des § 265 über das Vermögen des Versicherers hinaus ist abzulehnen[91]. Die systematische Einordnung des Versicherungsbetruges in dem 22. Abschnitt stellt den nahen Bezug zum Betrug her; darauf verweist des weiteren der terminus technicus "betrügerische Absicht" in § 265. Der Versicherungsbetrug stellt sich dem Inhalt nach als eine tatbestandlich verselbständigte Vorbereitungshandlung zum Betrug dar[93].

d) Strafschärfende Absicht der Vorteilserlangung, §§ 272, 273, 298 IV, 300 III

Die bisherige Untersuchung ergab, daß die Rechtswidrigkeit der Bereicherung außer bei den §§ 253 und 263 bei den Delikten beachtet werden muß, die als Qualifikationen den Betrugs- oder Erpressungstatbestand voraussetzen oder als

---

89) DR 1941 S. 1147

90) so Boldt DR 1941 S. 1147, Dreher § 265,1, Welzel § 54 VII 1 -S.378/379-, der Sache nach auch Kohlrausch-Lange § 265 III

91) h.M. N. s. Fußn. 81. Eine Änderung könnte nur de lege ferenda erfolgen, vgl. § 256 II, E 62 und Begr. S. 427 f. Für die Erweiterung des Rechtsgutschutzes de lege ferenda plädiert Maiwald in Maurach - Festschrift (1972) S. 9 (16).

92) vgl. insbesondere Bockelmann SJZ 1950 Sp. 683 (685).

93) LK 8. Aufl. § 265, 1, Maurach BT § 38 IV B 1 -S.332-, Schönke-Schröder § 265 Anm. 1; aber nicht als gemeingefährliche Vorbereitungshandlung, so etwa Kohlrausch-Lange § 265 I

Delikte sui generis wie der Notbetrug, § 264 a, und der Versicherungsbetrag, § 265, Betrugselemente in sich aufnehmen. Zu prüfen bleibt, ob die in den §§ 253 und 263 enthaltene Rechtswidrigkeit der Bereicherung auch dann erforderlich ist, wenn die Absicht der Vorteilserlangung die Strafe verschärft. In Betracht kommen die Tatbestände der §§ 272, 273, des § 29[illegible] I[illegible] und des § [illegible] III.

aa) Schwere Falschbeurkundung, § 272, und Gebrauchmachen von falschen Beurkundungen, § 273

Zu beginnen ist mit einem Vergleich der in § 272 (bzw. in § 273) genannten Absicht und der in § 263. Die Strafschärfung des § 272 tritt ein, wenn die in § 271 beschriebene [illegible] "sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem anderen Schaden zuzufügen". Darüberhinaus verlangt ein Teil der Literatur[94] trotz des entgegenstehenden klaren Wortlauts des § 272 die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils (und [illegible] in der zweiten Alternative des § 272). Nur so sei die gegenüber § 271 erheblich verschärfte Strafe in § 272 gerechtfertigt[95].

[illegible]

---

94) [illegible] § 272 Anm. 3,4

95) Jagusch a.a.O., Schönke-Schröder a.a.O.

[illegible]

sprechend, die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils. Diese Auffassung verdient den Vorzug. Sie stellt klar, daß die innere Rechtfertigung der erhöhten Strafe der §§ 272, 273 nicht eine vom Täter beabsichtigte Vermögensverschiebung im Sinne der §§ 253, 263 ist. Der erstrebte Vorteil braucht nicht auf einem korrespondierenden Vermögensschaden zu beruhen[98]. Den Grund der Bestrafung aus § 272 gibt nicht eine vom Täter geplante Wertverschiebung im Sinne der §§ 253 und 263, sondern das zum Ausdruck kommende besondere amoralische Verhalten[99], nämlich das Handeln in der Absicht der Zufügung eines - nicht notwendig vermögenswerten - [100] Nachteils oder der Erlangung eines Vermögensvorteils (als Vorstufe etwa einer gewinnsüchtigen Absicht).Deutlich wird dies dadurch, daß die Strafschärfung des § 272 alternativ eintritt: entweder ist die Absicht auf eine Vorteilserlangung oder auf eine Schadenszufügung gerichtet. Diese Trennung wäre unverständlich, wenn dem § 272 eine Bereicherungsabsicht im Sinne der §§ 253 und 263, die notwendig auf eine Bereicherung aus dem Vermögen des Geschädigten abzielt, unterlegt werden sollte. Auch die Rechtsprechung hat anerkannt, daß sich der Vermögensvorteil im Sinne des § 272 von der Bereicherung in den §§ 253 und 263 unterscheidet. Der Vermögensvorteil des § 272 kann mittelbar erstrebt sein[101]. Die herrschende Meinung[102] läßt die für die Tat zugesagte Belohnung

---

98) Jagusch in LK 8. Aufl. § 272 Anm. 3, Schönke-Schröder § 272 Anm. 3.

99) Schmidhäuser 10/119 a.E.-S. - begreift die Absicht in § 272 im Sinne seiner Terminologie als einfaches schuldsteigerndes Schuldmerkmal. Das Handlungsziel (der Absicht) bestimme nicht die spezifische Rechtsgutverletzung des Delikts, sondern charakterisiere nur das geistige Verhalten, aus dem die unrechte Tat erwachse.

100) h.M: RGSt 33, 137; 34, 243; Dreher § 272, 1 B, Jagusch in LK 8. Aufl. § 272 Anm. 4, Lackner-Maassen, § 272, 2 Maurach BT § 53 V D 3 -S.496- a.M: Frank § 268 I 2

101) RGSt 62, 218 (220/221), zust.Jagusch in LK 8. Aufl. § 272 Anm. 3, Schönke-Schröder § 272 Anm. 3.

102) RGSt 18, 145; 72, 257; Jagusch in LK 8. Aufl. § 272 Anm. 3, Schönke-Schröder § 272 Anm. 3
a.A. Kohlrausch-Lange § 273 III

(sogenannte "externe Bereicherung") genügen. Mithin ist festzuhalten: Die das Wesen des Betruges und der Erpressung bestimmende Vermögensverschiebung[103] ist nicht der Strafgrund der §§ 272 und 273. Eine Rechtswidrigkeit der Bereicherung im Sinne der §§ 253, 263 ist für die §§ 272 und 273 nicht zu fordern. Die Begründung der gegenteiligen Auffassung kann im übrigen nach Änderung der Strafrahmen der § 271 und 272 durch das [illegible] zeugen. § 272 n.F. enthält jetzt nur noch ein Vergehen, dessen Strafrahmen von drei Monaten bis zu fünf Jahren [illegible] vorgetragenen Kritik an einem Mißverhältnis der Strafrahmen der § 271 und 272 (Höchststrafe des § 271 a.F.: sechs Monate Gefängnis und Mindeststrafe des § 272 a.F.: ein Jahr Zuchthaus) der Boden entzogen.

bb) Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, § 298 IV 2, und Bruch des Berufsgeheimnisses, § 300 III

Im Unterschied zu den §§ 272, 273 ist in § 298 IV 2 und in § 300 III der Vermögensvorteil das [illegible] beigefügt. Die in diesen Vorschriften vorgesehene Strafschärfung ist abhängig von einem Handeln gegen Entgelt oder "in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen oder jemandem einen Nachteil zuzufügen". Es fragt sich nun, ob im Hinblick auf diesen Wortlaut mit Einschluß der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils die Folgerung zu ziehen ist, die für die Rechtswidrigkeit der Bereicherung im Sinne der §§ 253, 263 geltenden Grundsätze im Rahmen der §§ 298 IV und 300 III zu berücksichtigen. Zwingend ist dies nicht. Auch hier könnte ähnlich zu den soeben zu den §§ 272, 273 angestellten Überlegungen eine andere Auslegung geboten sein.

---

103) Maurach BT 37 II A 1 b -S.290-

104) [illegible] Gesetz zur Reform des Strafrechts (1.StrRG) vom 25.6.1969 - BGBl I 645 -

105) § 272 Anm. 3.

Zunächst fällt auf, daß § 298 IV und § 300 III ebenso wie die §§ 272, 273, soweit die Absicht auf Erlangung eines Vermögensvorteils in Frage kommt, keine Wertverschiebung aus dem Vermögen des Geschädigten in das Vermögen des Täters oder des begünstigten Dritten voraussetzen. Ausreichend ist auch hier entweder die Absicht der Nachteilszufügung oder die der Vorteilserlangung. Allerdings werden in den §§ 298 IV und 300 III die Fälle der von einem Dritten für die Tatbegehung zugesagten Belohnung bereits durch das Merkmal Handeln gegen Entgelt erfaßt. Daneben sind aber Sachverhalte unter den Begriff des Vermögensvorteils im Sinne der §§ 298 IV, 300 III subsumierbar, die nicht als Bereicherungen im Sinne der §§ 253, 263 anzusehen sind, nämlich die mittelbar beabsichtigte Bereicherung oder der aus dem Vermögen eines Dritten nicht zugesagte, aber erstrebte Wertzuwachs. Ein schematisches Gleichsetzen der strafschärfenden Absicht in den §§ 298 IV und 300 III mit der Bereicherungsabsicht der §§ 253, 263 [106] wird nicht der besonderen Ausgestaltung der §§ 298 IV und 300 III gerecht. Die zwar expressis verbis in den §§ 298 IV 2 und 300 III angeführte Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils ist nur der äußeren Form nach an die Rechtswidrigkeit der Bereicherung im Sinne der §§ 253, 263 angelehnt. In den gemeinhin unter dem Blickwinkel der Rechtswidrigkeit der Bereicherung behandelten, oben dargestellten Sachverhalten[107] geht es im wesentlichen um die vom Gläubiger bezweckte und sein Handeln motivierende Anspruchsbefriedigung. Der Verrat des Berufsgeheimnisses ist ein kaum geeignetes Mittel zur Anspruchsdurchsetzung. Denkbar ist allerdings, daß dem Täter eine heimliche Tonbandaufnahme als Beweismittel für einen vermögensrechtlichen Anspruch dienen soll. Dennoch wäre auch in diesem Fall trotz eventuell fehlender Rechtswidrigkeit der Bereicherung im Sinne der §§ 253, 263 aus den §§ 298 I, IV zu bestrafen. Bei der Schaffung des § 298 IV (und des § 300 III) standen nicht Gedanken eines Vermögensschutzes Pate. Auch die Zufügung eines - nicht unbedingt

---

106) so ohne nähere Begr. Dreher § 298, 7, § 300, 6, Lackner-Maassen § 298, 7, § 300, 9, Petters-Preisendanz § 300, 8. Ebenso Schönke-Schröder § 298 Anm. 47, § 300 Anm. 27; in § 298 Anm. 47 wird auf § 272 Anm. 2 ff verwiesen, dort aber die Rechtswidrigkeit der Bereicherung verlangt.

107) oben S. 8 ff

vermögenswerten[108] - Nachteils führt zur erhöhten Strafe der §§ 298 IV und 300 III. Pönalisiert wird - und insoweit zeigt sich eine Parallele zu den §§ 272, 273 - das besondere amoralische Verhalten. Für § 298 IV bedeutet dies: Trotz eines Anspruches auf die Bereicherung ist die besondere Schwere der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes darin zu sehen, daß um wirtschaftlicher Vorteile willen in das Persönlichkeitsrecht eingegriffen wird[109]. Eine so verstandene Auslegung des § 298 IV hält auch ARZT[110] für möglich. Sie gewinnt an Gewicht unter Heranziehung der entsprechenden Bestimmungen des E 62. Der Verzicht auf die Einfügung des Wortes "rechtswidrig" in dem § 183 V 2 E 62 (entspricht § 298 IV 2) und in dem § 185 V 2 E 62 (entspricht § 300 III), der auf § 183 V 2 E 62 Bezug nimmt, legt eine Auslegung der in diesen Paragraphen genannten Absicht in Richtung auf Habgier (9 135 I Nr. 3 E 62) und Gewinnsucht (§ 167 IV Nr. 2 E 62) nahe[111]. Die hier vertretene Ansicht wird in noch auffälligerer Weise unter Beachtung der dem § 300 III vergleichbaren Bestimmungen im Nebenstrafrecht bekräftigt. Dort sind als besonders schwere Fälle der Verletzung eines Geschäfts-, Betriebs- oder Produktionsgeheimnisses die durch Schädigungsabsicht oder durch Gewinnstreben motivierten Verhaltensweisen

---

108) einhellige Ansicht, Lackner-Maassen § 298,7, Maurach [illegible] § 300 Anm. 27

[illegible] Fällen eine Bestrafung aus den §§ 298 I, IV aus einem anderen Grund nicht verneinen. Da als Nachteil i.S. des § 298 IV jeder Nachteil i.S. des § 274 zu verstehen ist - vgl. statt vieler Dreher § 298, 7, Lackner-Maassen § 298, 7, - ist das Versetzen des Gegners in eine nachteilige Be- [illegible] 283 (285), RG HRR 1936 Nr. 1026, Maurach BT 53 V C 1 d S.492-, Arzt S. 276. Ein anderes Ergebnis ließe sich nur [illegible] verstanden werden, der in Schönke-Schröder § 298 Anm. 47 auf die Anm. 2 ff. zu § 272 verweist, in denen eine [illegible]

111) Diese Auslegung räumt auch Arzt S. 276 ein.

hervorgehoben. Anzuführen sind die §§ 52 II AtomG, 31 II 1 SprengstoffG, 37 II 1 BWaffG, 55 II 1 KreditwesenG, 79 II 1 BetrVerfG, 17 I UWG und 18 II 1 WeinwirtschaftsG. Sämtliche Bestimmungen entsprechen weitgehend § 300 III, erfordern aber keine Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils.

3. Ergebnis

Das Ergebnis der Betrachtung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung in den Tatbeständen des StGB lautet mithin: Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung spielt nur in den Delikten eine Rolle, deren Tatbestandsstruktur durch eine Vermögensverschiebung im Sinne der §§ 253 i.V.m. 17, 263 IV, 253 i.V.m. 17, 253 I letzter Halbsatz, 255, 264 a und 265. Die Delikte der §§ 272, 273, 298 IV und 300 III erfordern keine Rechtswidrigkeit der Bereicherung im Sinne der §§ 253, 263. Folglich ist gerechtfertigt, die Untersuchung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung auf die §§ 253, 263 zu begrenzen. Die obige Aufzählung der Sachverhaltsgruppen[112)] weist insoweit auf die typischen Problemstellungen und bedarf keiner Ergänzung.

III Rechtswidrigkeit und Vermögensschaden

1. Vorbemerkung

Die Diskussion um die Rechtswidrigkeit der Bereicherung und ein Bemühen um eine Bestimmung dieses Begriffs sind nur angebracht unter zwei Prämissen: einer irgendwie gearteten Beziehung zwischen der Rechtswidrigkeit und der

---

112) oben S. 8 ff.

Bereicherung (dogmatische Betrachtung - unten 3 [113]) und einer selbständigen Bedeutung des Merkmals "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" (funktionelle Betrachtung - unten 4 [114]). Beides wird vereinzelt im Schrifttum[115] verneint. Dabei werden, wie noch darzulegen sein wird, die genannten Fragenkomplexe nicht streng voneinander geschieden.

Aufgrund einer dogmatischen Betrachtung ist zu entscheiden, ob die Merkmale "rechtswidrig" in § 263 und "zu Unrecht" in § 253 einem einzelnen Tatbestandsmerkmal zuzuordnen sind oder den gesamten Tatbestand kennzeichnen.

Mit der Beantwortung dieser Frage scheinen die Würfel für die dogmatische Einordnung der Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal oder als allgemeines Verbrechensmerkmal gefallen zu sein. Indes liegen die Dinge nicht so einfach. Unausweichlich ist nur eine Konsequenz. Umschreibt das Merkmal "rechtswidrig" in § [illegible] bzw. "zu Unrecht" in § [illegible] den Unwertgehalt des gesamten Tatbestandes, ist dieser Begriff folgerichtig als [illegible] allgemeines Verbrechensmerkmal einzustufen[116]. Demgegenüber soll [illegible] aber in Schrifttum geäußerter Auffassung[117] zwar das Merkmal "Rechtswidrigkeit" im Zusammenhang mit der Bereicherung prüfen, aber nicht als Tatbestand gewertet werden. Die Bereicherung dieser Ansicht und eine ausschließende

---

113) unten S. 35 ff.

114) unten S. 47 ff.

115) Welzel NJW 1953 S. [illegible], ders. § [illegible] -S. [illegible]-, § [illegible] III -S. [illegible]-, § [illegible] I 4 -S. [illegible]-, § [illegible] II 2 -S. [illegible]- Cramer S. 158 Fußn. 210

116) so Welzel NJW 1953 S. 652

117) Schröder DRiZ 1956 S. [illegible] (72), vgl. aber Schönke-Schröder § 263 Anm. 63 b, 11[illegible] a: Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils sei zusätzliches Tatbestandsmerkmal. Überraschenderweise soll sich die Beurteilung des Irrtums über die Rechtswidrigkeit der Bereicherung jedoch nach der in dem Aufsatz DRiZ 1956 S. 69 aufgestellten Grundsätzen richten, nach denen zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum zu differenzieren ist, Schönke-Schröder § 263 Anm. 128

Stellungnahme zur dogmatischen Einordnung der Rechtswidrigkeit bleiben einem besonderen Abschnitt[118] vorbehalten. Die Zurückstellung dieses Problems empfiehlt sich insbesondere auch deshalb, weil mit der systematischen Qualifizierung des Merkmals "rechtswidrig" allein noch nichts für die Beurteilung möglicher Irrtumsfälle ausgesagt ist[119].

Eine funktionelle Betrachtung soll klären, ob dem Merkmal Rechtswidrigkeit der Bereicherung eine eigene Funktion zukommt. Je nach dem Standort innerhalb der verschiedenen strafrechtlichen Vermögenstheorien könnte sich der Begriff der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" als inhaltslose Formel erweisen und entbehrlich sein, da die gemeinhin unter dem Augenmerk der Rechtswidrigkeit der Bereicherung behandelten Fälle systemgerechter über das Merkmal der "Vermögensbeschädigung" zu lösen seien.

Das zuletzt aufgeworfene Problem gibt zu grundsätzlichen Bedenken Anlaß. Eine dogmatische und funktionelle Betrachtung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung wäre ein Scheinproblem und wenig ergiebig, wenn lediglich eine Verlagerung der Probleme bei der Beurteilung möglichen

---

118) unten S. 201 ff.

119) Wegweisend ist nämlich zunächst die Frage, bei welchem Merkmal der Sitz des Problems der in der strafr. Würdigung strittigen Fälle, insbes. der eigenmächtigen Anspruchsverwirklichungen, anzunehmen ist. Welzel löst diese Fälle ausschließlich über das Merkmal des Vermögensschadens und bewertet folglich den entsprechenden Irrtum als Tatbestandsirrtum. Auf die von Welzel vorgeschlagene systemat. Einordnung der in § 263 genannten Rechtswidrigkeit als allgem. Verbrechensmerkmal kommt es insoweit überhaupt nicht an. Akut wird die system. Einordnung allerdings für Schröder, DRiZ 1956 S. 69 ff, der die fraglichen Fälle unter den Begriff der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" subsumiert, dieses Merkmal jedoch nicht als Tatumstand qualifiziert und nach herrschender Doktrin zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum unterscheiden will.

strafbaren Verhaltens vom Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" zum Merkmal des "Vermögensschadens" anzunehmen wäre, ohne daß damit andere Kriterien zur Abgrenzung der strafbaren von der straflosen Handlung an die Hand gegeben wären. In concreto heißt dies: Wenn die Verfechter der Meinungen, die eine Beziehung der Rechtswidrigkeit zur Bereicherung leugnen oder die dem Merkmal "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" eine eigene Bedeutung neben dem Vermögensschaden absprechen, die von der überwiegenden Meinung unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit der Bereicherung behandelten Fälle, im Ergebnis gleich, unter dem Gesichtspunkt der Vermögensbeschädigung lösen, ist nichts für die letztlich allein wichtige Frage der Festlegung des als Betrug (oder Erpressung) strafbaren Verhaltens gewonnen. Umgekehrt ist eine nähere Untersuchung notwendig, wenn nicht kongruente Ergebnisse bei der Lösung der hier interessierenden Sachverhalte über das Merkmal des Vermögensschadens einerseits und das der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" andererseits erzielt werden. Dies soll anhand der Stellungnahme WELZELS [120], nach der die Rechtswidrigkeit nicht in Bezug zur Bereicherung gebracht werden kann, exemplifiziert werden.

V. Notwendigkeit einer dogmatischen und funktionellen Beibehaltung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung

WELZEL [121] argumentiert: "Der Gläubiger, der durch Anlegung eines Täuschung die Erfüllung einer fälligen Forderung durchsetzt, verwirklicht bereits das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung nicht". Diesen Gedanken

120) NJW 1953 S. 652

121) NJW 1953 S. 652

sieht WELZEL vorgezeichnet in einer Entscheidung des Reichsgerichts[122] zur Untreue, deren Ergebnis nun auch zur Lösung ähnlich strukturierter Fälle im Hinblick auf die §§ 253, 263 angewandt werden müsse. Das Reichsgericht hatte ausgeführt, bei der Tilgung einer fälligen Forderung werde gegen die Aufgabe eines Vermögenswertes die Befreiung von der Verbindlichkeit eingetauscht. Darüberhinaus folgert WELZEL, auch die Befriedigung eines natürlichen Anspruches aus Spiel oder Wette oder einer verjährten Forderung führe nicht zu einem Vermögensschaden, weil der Erfüllung des fälligen Anspruches die schadensausgleichende Schuldbefreiung gegenüberstehe. Das gelte wegen der §§ 222 II, 656, 762 BGB für die Naturalobligationen, da sie wie sonstige Obligationen erfüllbar seien.

Demgegenüber verurteilte das Reichsgericht[123] den Gläubiger aus § 253, der den Schuldner zum Verzicht auf die Verjährungseinrede nötigte. Tragender Gedanke dieser Entscheidung ist der Hinweis, der Gläubiger einer verjährten Forderung habe kein Recht, den Schuldner zur Nichterhebung der Verjährungseinrede zu zwingen, und erfülle somit das in der reichsgerichtlichen Judikatur durch die "sine-jus"-Formel umschriebene Merkmal der "Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils".

Nun könnte vorgebracht werden, dieses Urteil des Reichsgerichts[123] sei für die heutige strafrechtliche Würdigung der Durchsetzung eines verjährten Anspruches durch Nötigungsmittel ohne Belang, da die Entscheidung zu § 253 a.F. ergangen sei, der einen Vermögensschaden nicht voraussetzte. Unter Geltung des § 253 in seiner heutigen Fassung müßte richtigerweise das Merkmal der"Vermögensbeschädigung" verneint werden, anstatt auf eine verfehlte

---

122) RGSt 75, 227 (230); RG DJ 1938 S. 597 (bezüglich § 268)
123) RGSt 44, 203

Überprüfung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung auszuweichen, die das Ergebnis unsachgerecht verfälschen würde.

Eine so gehaltene Kritik geht jedoch fehl, soweit sie den Nachweis erbringen wollte, trotz unterschiedlicher [illegible] Fälle im Ergebnis übereinstimmend gelöst. Zunächst wäre es dem Reichsgericht unbenommen gewesen, in der Einsicht über die Einordnung der Erpressung als Vermögensdelikt das Merkmal des Vermögensschadens implizit in den Tatbestand aufzunehmen. Aber das gewichtigere Argument ist, daß SCHRÖDER [124] der Meinung WELZELS [125] gewichtiger tritt und dann, wenn der Täter die Erfüllung eines nicht einklagbaren Anspruches [126] erstrebt, aus den §§ 253, 263 bestrafen will, da in der Hinderung einer freien Entscheidung des Schuldners über die Erfüllung ein Verstoß wider die Rechtsordnung liege und somit das Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" erfüllt sei.

Ohne daß die Berechtigung der einzelnen Auffassungen zur Diskussion steht, verdient festgehalten zu werden, daß SCHRÖDER und WELZEL von unterschiedlichen Ausgangspunkten her in einigen Sachverhaltskonstellationen auch zu nicht congruenten Ergebnissen kommen. Unumgänglich ist mithin eine nähere Untersuchung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung, die das Verhältnis zwischen Vermögensschaden und Rechtswidrigkeit und die Frage einer eigenen Funktion der Rechtswidrigkeit der Bereicherung zu erhellen hat.

---

124) in Schönke-Schröder § 263 Anm. 127

125) NJW 1953 S. 652

126) Die nicht einklagbaren Ansprüche sind dadurch gekennzeichnet, daß deren Erfüllung nach bürgerlichem Recht im Belieben des Schuldners stehen soll, Schönke-Schröder § 263 Anm. 127. In der Terminologie Bockelmanns in Mezger-Festschrift (1954) S.363 ff. sind dieses "unvollkommene Verbindlichkeiten", Zu ihnen zählen auch die "Verbindlichkeiten", bei denen das Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, Schönke-Schröder § 263 Anm.127 also etwa verjährte Forderungen, Naturalobligationen aus Spiel oder Wette.

3. Dogmatische Betrachtung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung: Bezugsobjekt der Rechtswidrigkeit

a) Meinungsstand

Im Rahmen der dogmatischen Betrachtung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung geht es um die Feststellung, ob die Rechtswidrigkeit und die Bereicherung in irgendeiner Weise in Beziehung zueinander stehen. Eine Übersicht der Meinungen ergibt folgendes Bild.

aa) Bezug der Rechtswidrigkeit zur Gesamttat

WELZEL [127] verneint einen Bezug der Rechtswidrigkeit zur Bereicherung und hält die Rechtswidrigkeit für ein allgemeines Verbrechensmerkmal. Die Stellungnahme WELZELS ist bereits zum Teil schon wiedergegeben, ohne allerdings den Ausgangspunkt aufzuzeigen. Dies wird nachzuholen sein, um den verfehlten Ansatz deutlich zu machen.
Gleicher Auffassung soll KITZINGER [128] sein. Hier ist eine Richtigstellung nötig. KITZINGER [129] hält die Aufnahme der Rechtswidrigkeit in den Tatbestand des § 263 für vollkommen überflüssig, da der Vermögensvorteil schon immer rechtswidrig sei, wenn der übrige Tatbestand des § 263 gegeben sei. Damit scheinen sich in der Tat die Auffassungen WELZELS und KITZINGERS zu ergänzen, denn auch WELZEL [130] sagt: "Jede auf dem Wege der Täuschung durch Schädigung fremden Vermögens erstrebte Bereicherung ist rechtswidrig." Folglich sei überflüssig, in § 263 die Rechtswidrigkeit zu nennen. Doch verbergen sich hinter den gleich lautenden Aussagen verschiedene Inhalte. Für WELZEL, ist das -überflüssige- Merkmal "Rechtswidrigkeit" ein allgemeines Verbrechensmerkmal,

---

127) NJW 1953 S. 652
128) GS 55, 1 ff. insbes. 100 ff.
129) GS 55, 102
130) NJW 1953 S. 652

umschreibt mithin den gesamten Tatbestand. Nun kann allerdings die systematische Einordnung der Rechtswidrigkeit für sich genommen einen Vergleich der Meinungen WELZELS und KITZINGERS a priori in Frage stellen, da zum Zeitpunkt der Anfertigung der Abhandlung KITZINGERS im Jahre 1898 die systematische Aufgliederung des Verbrechens in drei Elemente noch nicht Bestandteil der Strafrechtsdogmatik war. Von Bedeutung ist aber insoweit die mit der Einordnung der Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal implizit ausgesprochene Zuordnung der Rechtswidrigkeit zum Gesamttatbestand. Zu dieser Frage ist jedoch ein anderer Standpunkt KITZINGERS zu belegen, da es in seinem Aufsatz heißt[131]: "Etwas schwieriger gestaltet sich das Verhältnis in denjenigen Fällen, in welchen nicht die Rechtswidrigkeit der gesamten Handlung, sondern . . . in denen 'die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen' verlangt wird, also in den Fällen . . . der §§ 253, 263 RStGB." Von diesem Verständnis der Rechtswidrigkeit in den §§ [illegible] a.F., [illegible] ausgehend, entfernt sich KITZINGER [132] auch gar nicht von der überwiegenden Meinung, wenn er den rechtswidrigen Vermögensvorteil als denjenigen begreift, dessen Erlangung mit der Rechtsordnung außerhalb des Strafrechts in Widerspruch steht. Nur, und von hier aus wird die eingangs erwähnte Stellungnahme KITZINGERS zur überflüssigen Aufnahme der Rechtswidrigkeit in den Tatbestand des [illegible] verständlich, [illegible] jede [illegible], wie [illegible]lich im bürgerlichen Recht die exceptio doli zeige, den Widerspruch zur Rechtsordnung. KITZINGERS Ansicht ist daher nicht als Ergänzung der Auffassung WELZELS im [illegible] der Rechtswidrigkeit zur Bereicherung, sondern als [illegible] handeln.

---

131) GS 55, 100

132) GS 55, 101/102

133) unten S. 96

bb) Bezug der Rechtswidrigkeit zur Bereicherung

Entgegen der Auffassung WELZELS bejaht die ganz überwiegende Meinung[134] seit jeher einen Bezug der Rechtswidrigkeit in § 263 beziehungsweise der Unrechtmäßigkeit in § 253 zur Bereicherung. Wie im vorhergehenden Absatz gezeigt, gehört auch KITZINGER zu den Vertretern dieser Meinung. Ebenfalls zählen hierzu die Autoren [135], die dem Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" eine selbständige Bedeutung absprechen. Soweit dem Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" unter Geltung der neueren strafrechtlichen Vermögenstheorien eine eigene Funktion nicht zukommt, ist damit der - traditionelle - Anwendungsbereich dieses Begriffes entzogen, aber nicht zwingend der Bezug der Rechtswidrigkeit zur Bereicherung in Frage gestellt. Dies wird noch zu erläutern sein.

In Erstaunen versetzt allerdings, daß die herrschende Meinung stillschweigend und ohne Auseinandersetzung mit der Ansicht WELZELS von einem Bezug der Rechtswidrigkeit zur Bereicherung ausgeht [136]. Nur gelegentlich findet sich im neuren Schrifttum [137] ein Hinweis auf § 253, dessen Absatz 2 die Rechtswidrigkeit der Handlungsmodalität näher bestimmt, so daß die Rechtswidrigkeit der Tat insgesamt und die Rechtswidrigkeit der Bereicherung zu unterscheiden seien.

Das Fehlen einer Auseinandersetzung der herrschenden Meinung mit der Ansicht WELZELS kann nicht mit der Bemerkung von der Hand gewiesen werden, die in der strafrechtlichen Würdigung strittigen Fälle würden im Ergebnis

---

134) BGHSt 3, 99 (101), BGH NJW 1953 S. 1479, Busch Anm. zum BGH-U. v. 20.3.1953 in LM § 253 Nr. 4, Dreher § 59 II E 4 Lackner in LK 9. Aufl. § 253 Anm. 19, 20, Maurach AT § 24 I B 3 c -S.289-, Mohrbotter GA 1967 S. 199, Schröder DRiZ 1956 S. 69, Wessels § 3 III3a -S.19-

135) vgl. Cramer S. 158 Fußn. 210

136) vgl. etwa BGH NJW 1953 S. 1479 (1480)

137) Busch Anm. zum BGH-U. v. 20.3.1953 in LM § 253 Nr. 4, Lackner in LK 9. Aufl. § 253 Anm.19, ähnlich Maurach AT § 23 I B 4 -S.274- und ebenso in den Konsequenzen für die Irrtumslehre § 24 I B 3 b, c - S.289 -

gleich entweder über das Merkmal der "Vermögensbeschädigung" oder über das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Bereicherung gelöst. Daß diese immerhin naheliegende Vermutung nicht für alle Sachverhaltskonstellationen Geltung beanspruchen kann, ist bereits nachgewiesen [138].

b) Kritik und Stellungnahme

aa) Ausgangspunkt der Mindermeinung

WELZELS Anliegen wird klar, sobald der Ausgangspunkt seiner Kritik an der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Rechtswidrigkeit der Bereicherung in den §§ 253, 263 hervorgehoben wird. WELZEL glaubt, auf der Grundlage der Judikatur des Reichsgerichts, nach der jeder Vermögensvorteil rechtswidrig sei, auf den der Täter keinen Anspruch habe, [illegible] zu lösen. Da in jenen Sachverhaltskonstellationen [139] der Täter über die Rechtswidrigkeit des von ihm erstrebten Vermögensvorteils irre, komme es nach der Schuldtheorie darauf an, ob sein Irrtum entschuldbar sei oder nicht. Wenn WELZEL zur Beurteilung der Irrtumsfälle auf die Schuldtheorie [140] verweist, geht er ohne nähere Untersuchung davon aus, daß ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Bereicherung nur nach den Grundsätzen des Irrtums über ein allgemeines Verbrechensmerkmal behandelt werden kann. Dieser Gedankengang WELZELS offenbart eine Fehleinschätzung der Rechtsprechungsmeinung zur Beurteilung möglicher Irrtumsfälle. Zwar ist WELZEL [141]

---

138) oben S. 32 ff.

139) Als Beispiel führt Welzel in NJW 1953 S. 652 an: Der Täter nötigt den vermeintlichen Schuldner zur Zahlung einer vermeintlichen Geldforderung; dabei geht der Täter etwa irrig vom Bestehen der Geldforderung aus, weil er die bereits erfolgte Tilgung vergessen hat.

140) Die Schuldtheorie wird von Welzel vertreten. Nach anderen Irrtumslehren wäre zu differenzieren.

141) NJW 1953 S. 652

entgegen der Ansicht BOCKELMANNS [142] zuzugeben, daß das Reichsgericht den Sitz des Problems der eigenmächtig erstrebten Anspruchsverwirklichungen meist bei der "Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils" gesehen hat. Das Reichsgericht [143] hat aber in diesem Zusammenhang auch mehrmals ausgeführt, daß derjenige von der Betrugs- oder Erpressungsanklage freizustellen ist, der durch Täuschung oder Nötigung einen vermeintlichen Anspruch durchzusetzen trachtet. Wenn die entsprechenden Reichsgerichtsentscheidungen [144] diesbezüglich auch nähere Erläuterungen vermissen lassen, steht dieses Ergebnis im Einklang mit der vom Reichsgericht vertretenen Irrtumslehre. Danach wird der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum wie der Tatsachenirrtum auf der Grundlage des § 59 behandelt, während dem strafrechtlichen Rechtsirrtum eine strafbefreiende Wirkung versagt sein soll [145]. Da der

---

142) Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (368, Fußn.2)

143) RGSt 20, 56 (59); 64, 342; 77, 184(185) m.w. Rspr.N.= DR 1944 S. 154, RG Rspr.6, 493(496); RG LZ 1915 S. 292 Nr. 29; weitere RG-Entsch. bei Daude § 263 Bem. 14 a.E. vgl. darüberhinaus auch BGHSt 3, 160 (163); 4, 105 (107); BGH NJW 1953 S. 1479 (1480); BGH VRS 14, 286 (287); BGH-U. v. 11.10.1955 - 2 STR 264/55 -, mitgeteilt bei Dallinger MDR 1956 S. 10 (11) und neuestens das unveröffentlichte BGH-U. v. 20.2.1963 - 2 STR 22/63 -, mitgeteilt bei Dreher § 253, 3 B - Die Entscheidung RG HRR 1940 Nr. 473 zur betrügerischen Absicht bei der prozessualen Geltendmachung eines vermeintlichen berechtigten Anspruches beruht auf den Erwägungen in RGSt 72, 133, die der Bundesgerichtshof in BGHSt 3, 160 zu Recht ablehnt

144) Nachweise der RG-Entsch. in vorstehender Fußn., vgl. dazu auch die Grenzziehung in RGSt 34, 15 (21): "Das Bewußtsein von der Rechtswidrigkeit eines rechtswidrigen Vermögensvorteils 'könnte' nur wegen Irrtums über tatsächliche Verhältnisse oder zivilrechtliche Grundsätze für ausgeschlossen gelten; die bloße Annahme, Unrecht sei Recht, könnte nicht entschuldigen".

145) vgl. etwa die Darstellung der Irrtumslehre des Reichsgerichts bei Baumann AT § 27 I 1 a -S.296-, Jescheck § 29 V 1 c -S.206-, Wessels § 9 I 1 -S.70- jeweils m. näheren N.

eigenmächtig einen vermeintlichen Anspruch Durchsetzende entweder über Tatsachen [146] oder über außerstrafrechtliche Rechtsvorschriften [147] irrt, wenn er vom Bestehen seines Anspruches überzeugt ist, besteht nach der Lehre des Reichsgerichts für die Bestrafung aus § 253 oder § 263 keine Handhabe. Diese Konsequenz ist in den bereits genannten Entscheidungen des Reichsgerichts [148] auch gezogen. Der Kritik WELZELS an der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Rechtswidrigkeit der Bereicherung hätte es im Zusammenhang der Beurteilung möglicher Irrtumsfälle nicht bedurft. Denn hier bot das Reichsgericht von seinem Standort zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung in mehreren Urteilen eine klare Antwort, ohne daß der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils - wie WELZEL befürchtet - auf der Grundlage der verschiedenen Irrtumslehren als Irrtum über ein allgemeines Verbrechensmerkmal behandelt werden müßte. Damit wird der verfehlte Anteil der Stellungnahme WELZELS sichtbar. Die Behandlung des Irrtums über die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils zwingt nicht dazu, etwa nach der Schuldtheorie nach der Entschuldbarkeit des Irrtums zu fragen. Die Irrtumslehren sind nur [illegible], wenn die strittigen Fälle eigenmächtiger Anspruchsverwirklichungen unter das Merkmal der "Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils" [illegible] werden [illegible] Begriff als allgemeines Verbrechensmerkmal aufgefaßt wird [149].

---

146) [illegible] 1953 S. 652

147) [illegible] wirksamen Übereignungsanspruches herzuleiten

148) Nachweise in Fußn. 143

149) In diese Richtung weisen - von einem anderen Standort in der Begriffsbestimmung der [illegible] - die ausführungen Schröders DRIZ 1956 S. 69 ff.

bb) Präjudiz einer funktionellen Betrachtung für eine dogmatische Betrachtung

Eine freilich ganz andere Frage, der letztlich WELZEL in seinem Aufsatz die größere Aufmerksamkeit gewidmet hat, ist, ob überhaupt ein Vermögensschaden feststellbar ist, wenn der Gläubiger durch Täuschung oder Nötigung des säumigen Verpflichteten die geschuldete Leistung erhält. Dieses ist die Problematik einer selbständigen Bedeutung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung, die Gegenstand der nachfolgenden funktionellen Betrachtung sein wird. Wenn gleichwohl hier diese Frage angeschnitten wird, so deshalb, weil ihre Beantwortung das Problem eines Bezuges der Rechtswidrigkeit zur Tat insgesamt oder zur Bereicherung neu aufrollen kann. Sollte sich nämlich herausstellen, daß - wie etwa WELZEL [150], CRAMER [151] und BOCKELMANN [152] meinen - die bisher unter dem Augenmerk der Rechtswidrigkeit der Bereicherung behandelten Sachverhalte dogmatisch einwandfreier unter das Merkmal der "Vermögensbeschädigung" zu subsumieren sind, wäre der traditionelle Anwendungsbereich des Merkmals "Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils" entzogen, so daß sich ernsthaft die Überlegung WELZELS [153] anbietet, der Rechtswidrigkeit in § 263 lediglich die Bedeutung als allgemeines Verbrechensmerkmal zuzuweisen. Andererseits zieht CRAMER [154] diese Schlußfolgerung nicht. Obwohl nach seiner Ansicht der Rechtswidrigkeit der Bereicherung eine eigene Funktion nicht zukommt, wird eine Beziehung der Rechtswidrigkeit zur Bereicherung nicht in Abrede gestellt, wenn zugleich hinzugefügt wird, die Bedeutung dieses Merkmals sei nur im Zusammenhang mit dem Schadensbegriff zu sehen. Zu einem ähnlichen Ergebnis

---

150) NJW 1953 S. 652
151) S. 109/110, 158 Fußn. 210
152) Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (368)
153) NJW 1953 S. 652
154) S. 158 Fußn. 210

gelangt BOCKELMANN. BOCKELMANN [155] erklärt zur eigenmächtigen Durchsetzung einer schwer erweislichen Forderung, der Schuldner werde nicht geschädigt und der Gläubiger nicht bereichert, schon gar nicht rechtswidrig bereichert. Die Rechtswidrigkeit in § 263 wird demnach nicht in Bezug zur Gesamttat gebracht. Nach Ansicht BOCKELMANNS [156] ist der Begriff der Rechtswidrigkeit der Bereicherung von der ihm zugedachten Funktion zur Lösung der Fälle eigenmächtiger Anspruchsverwirklichungen zu entlasten und erschließt sich dem Verständnis nur im Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit der Schädigung.

Die Meinungen TRAEGERS und BOCKELMANNS belegen, daß mit der Feststellung einer weitgehenden Einschränkung der traditionellen Funktion der Rechtswidrigkeit der Bereicherung nicht notwendig die Zuordnung der Rechtswidrigkeit in § 263 (bzw. der Unrechtmäßigkeit in § 253) zur Tat insgesamt verbunden sein muß. Die gegenteilige Auffassung WELZELS wäre in der gerissenen Konsequenz belanglos, wenn nicht WELZEL und beispielsweise SCHRÖDER, wie oben gezeigt [157], von verschiedenen Ausgangspunkten in einigen Sachverhaltskonstellationen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen würden. Daher lohnt es sich, die Frage des Bezuges der Rechtswidrigkeit zur Bereicherung oder zum gesamten Tatbestand noch aus einem anderen Blickwinkel zu beleuchten.

cc) Auslegung des Begriffes "rechtswidriger Vermögensvorteil"

Wenn auch nicht expressis verbis ausgesprochen, beruft sich

---

155) Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (370), vgl. auch Bockelmann ZStW 69 (1957) S. 269 (271): Die "überschießende Innentendenz" ist bei Betrug und Erpressung auf die Gewinnung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils (oder einer unrechtmäßigen Bereicherung) gerichtet.

156) Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (381 f.)

157) oben S. 34

WELZEL [158] zur Stützung seiner Auffassung unter anderem auch auf eine berichtigende Auslegung des § 263. Der Ausdruck "rechtswidriger Vermögensvorteil" sei sprachlich unrichtig. Der Vermögensvorteil als solcher könne weder rechtswidrig noch rechtmäßig sein, sondern allein dessen Erlangung. Sprachlich korrekt müßte die Vorschrift des § 263 folgendermaßen lauten: "Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten rechtswidrig einen Vermögensvorteil zu verschaffen usf....." Die Rechtswidrigkeit sei in § 263 wie überall ein überflüssiges allgemeines Verbrechensmerkmal.

Dieser Gedankengang WELZELS begegnet schwerwiegenden Bedenken. Auch andere Autoren [159] betrachten die Rechtswidrigkeit nicht als Eigenschaft des erstrebten Vermögensvorteils, ohne allerdings daraus eine Zuordnung der Rechtswidrigkeit zum gesamten Tatbestand zu folgern. WELZEL könne nur insoweit Recht gegeben werden, daß der in § 263 verwendete Begriff "rechtswidrig" kein Attribut des Vermögensvorteils sei [160]. Möglicher Bezugspunkt sei aber der Vorgang der Vermögensverschiebung, der einer rechtlichen Beurteilung zu unterziehen sei [161].

Dem Auslegungsvorschlag WELZELS kann aus einem weiteren Grund nicht gefolgt werden. Eine Auslegung, die über die

---

158) NJW 1953 S. 652 Welzel § 54 III -S. 377-

159) Frank § 263 IV, Schröder JZ1965 S. 513 (515)

160) so Schröder JZ 1965 S. 513 (515)

161) Schröder JZ 1965 S. 513 (515), Schönke-Schröder § 263 Anm. 118 d, 125 ff.; im Ausgangspunkt ähnlich Bockelmann in Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (382) - die Rechtswidrigkeit des Vorteils habe ihre Quelle in der Rechtswidrigkeit der Schädigung - unter Hinweis auf Frank a.a.O. und Welzel a.a.O., aber abweichend gegenüber Frank a.a.O. und Schröder JZ 1965 S. 513 ff in der Bestimmung der Rechtswidrigkeit der Schädigung.

"grammatische" Auslegung [162] hinaus die Entstehungsgeschichte des Gesetzes - mit - berücksichtigt (sogenannte "historische" Auslegung), gibt Aufschluß, daß der Gesetzgeber eine Zuordnung der Rechtswidrigkeit zur Bereicherung ins Auge gefaßt hat. Zwar ist mit MAURACH [163] einer Überbetonung der historischen Auslegung entgegenzutreten [164], doch kommt hier der geschichtlichen Auslegung immerhin ein gewisser Wert zu, da das gleichlautende Begriffspaar "rechtswidriger Vermögensvorteil" in § 263 und § 253 a.F. als sprachlich mißglückt angesehen wird [165]. In den Motiven des Revidierten Entwurfs [166] ist niedergelegt, daß die Erpressung "einen Vermögensteil" voraussetzt, "auf welchen der Täter kein Recht hat." Die Partikularstrafgesetze [167] enthielten in den die Erpressung umschreibenden Vorschriften meist den Ausdruck "rechtswidriger Vorteil" [168], aber auch die Wendungen "Vorteil...; auf welchen ihm oder jenem Dritten ein rechtlicher

---

162) Die grammatische Auslegung ist eine der möglichen Auslegungsmethoden, Jauhek § 17 IV 2 -S.101, Maurach AT § 9 B 2 -S. 101-

163) AT § 9 B 2 -S. 101-, eingehend dazu unter Berücksichtigung der Rechtsstaatsprinzipien Strafrechtswerte in O.A. Germann-Festschrift (1969) S. 297 ff.; kritisch ebenfalls Schmidhäuser 5/31-S.82-

164) für einen Vorrang der hist. Auslegung plädiert gegen Maurach in Engisch-Festschrift (1969) S. 291

165) Hoerstelmann Schröder ZZ 1954 S. 513(515), Welzel NJW 1953 S. 652

166) Motive S. 12[illegible], mitgeteilt bei von Schwarze zu § 253

167) Übersicht und Gesetzestextwiedergabe bei Lüderssen GA 1968 S. 257 (263 Fußn. 36)

168) z.B. Art. [illegible] Zgbh für die bayerisch-oberpfälzischen Lande von 16.9.1813, Art. 414 StGB für das Königreich Württemberg vom 1.3.1839, Art. 197 des Strafgesetzbuches für das Herzogtum Braunschweig vom 17.9.1840, Art. 1[illegible] des Strafgesetzbuches für das Herzogtum Sachsen-Altenburg vom 3.5.1841, Art. 349 StGB für das Großherzogtum Hessen vom 17.3.1841, Art. 419 Abs3 StGB für das Großherzogtum Baden vom 6.3.1845 ("unrechtmäßiger Gewinn"), Art. [illegible] StGB für die Herzoglichen Staaten von 1[illegible].1851, Art. 1[illegible] StGB für die Fürstlichen Staaten von 1[illegible].4.1852

Anspruch nicht zusteht. . . [169]" und "Vermögensvorteil, auf den er kein Recht hat [170]". Erkennbar ging daher der Gesetzgeber des Reichsstrafgesetzbuches 1871 von einem Bezug der Rechtswidrigkeit zur Bereicherung aus. Daran ändert auch nichts die Aufnahme des Finalsatzes "um . . . zu Unrecht zu bereichern" in den Tatbestand des§ 253 aufgrund der Neufassung durch die Novelle vom 29.5.1943 [171]. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob damit die Rechtsprechungsmeinung des Reichsgerichts zur Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils aufgegeben werden sollte; jedenfalls wurde am Bezug der Unrechtmäßigkeit zur Bereicherung nicht gezweifelt [172]. Und spätestens seit der Änderung des § 253 Abs. 2 durch das 3. StrÄndGes vom 4.8.1953 [173] ist klar und unbestrittene Ansicht, daß sich Absatz 2 in seiner heutigen Fassung nur auf den in Absatz 1 genannten Begriff "rechtswidrig" bezieht [174] und keine Erläuterung der Unrechtmäßigkeit der Bereicherung enthält. Dann aber heißt es, dem Gesetzgeber eine Tautologie zu unterstellen, sollten die in § 253 Abs. 1 verwendeten Begriffe "rechtswidrig" und "zu Unrecht" ein und das gleiche bezeichnen, nämlich die Umschreibung des Unwertes des gesamten Tatbestandes [175].

---

169) Art. 334 des Criminalgesetzbuches für das Königreich Hannover vom 8.8.1840

170) Art. 178 StGB für das Königreich Sachsen vom 13.3.1855

171) VO vom 29.5.1943 (RGBl I S. 341)

172) so auch OLG Hamm HESt 2, 32, OLG Celle HESt 2, 314; vgl.dazu auch die Vorstellungen der Reformkommission, mitgeteilt durch Kohlrausch in Gürtner II S. 474 (493, 494) und - für den Betrug - durch Dahm in Gürtner II S. 458 (464)

173) 3. StrÄndGes v. 4.8.1953 (BGBl I S. 735)

174) Eine andere Frage ist, ob § 253 II - und ebenso § 240 II - einen Rechtfertigungsgrund enthalten oder den - offenen - Tatbestand i.S. des Absatzes 1 eingrenzen, vgl. Schönke-Schröder § 240 Anm. 15 ff.

175) so aber Welzel NJW 1953 S. 652

dd) Rechtsvergleich

Abschließend verschafft ein rechtsvergleichender Blick auf das schweizerische Strafrecht Klarheit in der Frage des Bezuges der Rechtswidrigkeit zur Bereicherung. Dieser Vergleich ist deshalb angezeigt und aufschlußreich, weil die schweizerischen Bereicherungsmaßstäbe [176] ebenso wie § 253 neben der Rechtswidrigkeit der Schädigung die Unrechtmäßigkeit der Bereicherung voraussetzen. Die Strafrechtswissenschaft in der Schweiz versteht die Unrechtmäßigkeit nur im Zusammenhang mit der Bereicherung [177]. Nicht lediglich das verwendete Mittel, sondern auch die Bereicherung als solche müssen der Rechtsordnung zuwiderlaufen [178]. Dem Schweigesetzgeber, dessen knappe Sprache der Satz "superflua nocent" auszeichne, könne schließlich eine Tautologie nicht unterschoben werden [179].

Zusammenfassend ergibt sich, daß die Ansicht WELZELS, [illegible]

---

176) dazu zählen neben Betrug (Art. 148) Erpressung (Art. 156), auch Diebstahl (Art.137), Raub (Art.1[illegible]), Veruntreuung (Art.1[illegible]) und Unterschlagung (Art.141) schwStGB vom 21.12.1937

177) ausführlich Voll SchwZStR 71 (195[illegible]) S.14[illegible] ff., Schultz SchwZStR 7[illegible] (19[illegible]) S.[illegible] ([illegible]-273), Schwander SchwZStR 7[illegible] (19[illegible]) S. 334 ([illegible]) und neuestens Ardinay SchwZStR 8[illegible] (197[illegible]) S.225 (251); vgl. auch Perrez S.71 ff., der von dem übereinstimmenden italienischen Rechtszustand berichtet. - Der Vorwurf Schultz's a.a.O. S. 273 gegen Schwander, die Unrechtmäßigkeit der Bereicherung auf die Handlungsweise des Täters zu beziehen und z.B. in Art. 148 schwStGB die durch Täuschung bewirkte Bereicherung als unrechtmäßig anzusehen, wenn die auf diese Weise durchgesetzte Forderung nicht vollwertig sei, beruht offenbar auf einer Fehldeutung und ist inzwischen ausgeräumt. Schwander hat in SchwZStR 78 (1962) S. 334 (357 Fußn.59) präzisiert, wieso nach seinem Dafürhalten die Verwirklichung eines mit legalen Mitteln nicht durchsetzbaren Anspruches den Verstoß gegen die Rechtsordnung begründe.

178) Schwander a.a.O. S. 357

179) Schultz a.a.O. S. 273, ebenso Schwander a.a.O. S. 357

Rechtswidrigkeit in § 263 sowie die Unrechtmäßigkeit in § 253 als den Gesamttatbestand umschreibende Merkmale aufzufassen, einer Überprüfung unter verschiedensten Gesichtspunkten nicht standhalten kann. Vielmehr sind die genannten Begriffe in Bezug zur Bereicherung zu setzen [180] und allein in dieser Verbindung verständlich.

4. Funktionelle Betrachtung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung

Indes ist die soeben getroffene Feststellung einer Zuordnung der Rechtswidrigkeit zur Bereicherung kein Präjudiz für eine selbständige Bedeutung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung neben einem wie auch immer bestimmten Vermögens- und Schadensbegriff. In der bisherigen Diskussion wurde schon mehrfach auf die Ansichten aufmerksam gemacht, nach denen für die Rechtswidrigkeit der Bereicherung bei der praktischen Fall-Lösung kein Raum sei, da zur strafrechtlichen Beurteilung der bislang unter diesem Gesichtspunkt behandelten Sachverhalte ausschließlich das Merkmal des "Vermögensschadens" diene. Eine funktionelle Betrachtung spitzt sich demzufolge auf die Frage zu: Verbleibt der Rechtswidrigkeit der Bereicherung unter Berücksichtigung der verschiedenen strafrechtlichen Vermögenstheorien ein eigener Anwendungsbereich? Mit anderen Worten: Ist in Wahrheit dieser Begriff eine unbedeutende, da inhaltslose Formel? Zur Beantwortung dieser Frage ist anhand der verschiedenen Vermögenstheorien eine Überprüfung derjenigen Fälle nötig, deren Lösung über das Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" gesucht wurde. Sollte sich bei der Überprüfung der eingangs erwähnten Problemsachverhalte [181] herausstellen, daß unter Zugrundelegung eines bestimmten Vermögens- und

---

180) weitaus hM, vgl. N. in Fußn. 134

181) oben S. 8 ff.

Schadensbegriffs das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Bereicherung verdrängt und dennoch das gleiche Ergebnis gewonnen wird, muß diese Untersuchung zugleich deutlich machen, daß ein Abstellen auf den Begriff der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" der gesetzlichen Ausgestaltung der Bereicherungsdelikte entspricht.

a) Auswirkungen der strafrechtlichen Vermögenstheorien auf die Rechtswidrigkeit der Bereicherung

aa) Juristische Vermögenstheorie

Die juristische Vermögenstheorie wurde vor allem von MERKEL [182] und BINDING [183] vertreten. Nach ihr ist das Vermögen die Summe aller Vermögensrechte und -pflichten eines Rechtssubjektes [184]. Das Vermögensdelikt ist mithin "Rechtsraub": "der Betrogene oder Genötigte will sein Recht verlieren, der Betrüger oder Erpresser will es erwerben oder wenigstens seiner Pflicht ledig werden" [185]. Von dieser Definition ausgehend, ist Vorteil im Sinne der §§ 263, 253 a.F. "jeder einseitige Erwerb eines Rechts und jede einseitige Befreiung von einer Rechtspflicht" [186]. Folglich erleidet keinen Vorteil, wer durch Täuschung des Verpflichteten die Leistung erhält, auf die sein Recht [187] geht. Umgekehrt gilt: Wer seine Schulden bezahlt, erleidet keinen Nachteil [188]. Denn

182) Krim. Abh. II S. 101 ff.

183) Binding I S. 237 ff., 341 ff.

184) Binding I S. 238

185) Binding I S. 341

186) Binding I S. 362

187) Binding I S. 362 [illegible] hinzu: Nur das gute Recht, d.h. das nicht anfechtbare, nicht mit einem Makel behaftete Recht sei maßgebend.

188) Binding I S. 362

Rechtspflichterfüllung bedeutet keinen Schaden [189].

Schon diese wenigen Folgerungen aus dem juristischen Vermögensbegriff verdeutlichen, daß einer Rechtswidrigkeit der Bereicherung weitgehend der Anwendungsbereich entzogen ist, der diesem Begriff insbesondere nach Meinung der Reichsgerichtsrechtsprechung zugewiesen ist. Auch in Zweifelsfällen verweisen die Vertreter der juristischen Vermögenstheorie nicht auf eine etwa fehlende Rechtswidrigkeit der Bereicherung. Die eigenmächtige Befriedigung eines Anspruches unter Umgehung des Prozesses füge dem Schuldner keinen Nachteil zu. Die tatsächliche Notwendigkeit des Prozeßganges sei ein Unglück, seine Vermeidung allerdings kein Vorteil im Sinne der §§ 263, 253 a.F. [190]. Ähnlich wird für den "Beweismittelbetrug" entschieden. Erlangt der Anspruchsberechtigte durch Täuschung eine Beweisurkunde über sein Recht, das im Prozeß nur schwer zu beweisen wäre, werde kein Vorteil erstrebt [191]. Andererseits liege Betrug vor, wenn das Recht nach Bestand oder Umfang zweifelhaft ist, der Rechtsinhaber dies weiß und nun durch Täuschung für das tatsächlich nicht oder nicht in diesem Umfang bestehende Recht volle außerprozessuale Befriedigung erzielt oder sich Beweisurkunden verschafft [192].

---

189) Binding I S. 363

190) Binding I S. 363, ebenso die RsprM, soweit der Täter von seinem Recht überzeugt und zu der Erwartung berechtigt war, im Rechtsstreit zu obsiegen, RGSt 4, 167. Andererseits ist nach der RsprM. die Realisierung einer bestrittenen und durch einen Prozeß nicht mit vorauszubestimmender Sicherheit für durchführbar gehaltenen, wenn auch begründeten Forderung ein Vorteil, jedoch kein rechtswidriger, RGSt 7, 378, bestätigend in Bezug genommen durch RGSt 11, 155 (158), vgl. auch RGSt 64, 342 (345)

191) Die jurist. Vermögenstheorie erkennt im übrigen eine Vermögensgefährdung nicht als Nachteil an, Binding I S. 360

192) Binding I S. 363

Angesichts der geschilderten Beispielsfälle, deren Lösung zumindestens teilweise im Gegensatz zur Meinung des Reichsgerichts anstelle bei der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim Merkmal des "Nachteils" gesucht wird, ist die Frage berechtigt, welche Rolle dann der Rechtswidrigkeit der Bereicherung zukommen kann. Verwunderung löst insoweit aus, daß BINDING nicht, obwohl es nach dem bisher Dargestellten naheliegen müßte, die innere systematische Abhängigkeit zwischen dem Vorteil und dessen Rechtswidrigkeit analysiert und in diesem Zusammenhang der Frage nachgeht, welcher Geltungsbereich einer Rechtswidrigkeit der Bereicherung verbleibt. Statt dessen wird die Stichhaltigkeit der vom Reichsgericht aufgestellten Definition zur Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils mit gewichtigen Erwägungen bezweifelt und hervorgehoben, daß die Rechtswidrigkeit die Mißbilligung durch das objektive Vermögensrecht sei [193]. Den rechtswidrigen Vermögensvorteil chrakterisiere ein Doppeltes: die Erlangung durch den Bereicherten ohne Recht und zugleich auf Kosten der rechtlich anerkannten Vermögenslage des Entreicherten, oder: die Verwandlung des rechtswidrigen Schadens in den rechtswidrigen Nutzen. Wichtigstes Symptom sei die bürgerlich-rechtliche Pflicht zur Rückgewähr des Erworbenen. Demnach liege in der durch List oder Nötigung erlangten Erfüllung einer Naturalobligation nie ein rechtswidriger Vermögensvorteil [194]. Gerade dieses Beispiel zeigt, daß die juristische Vermögenstheorie nicht auf das Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" verzichten will. Sie kann es auch nicht, will

---

193) Binding I S. 363 f.

194) Binding I S. 364 - Bockelmann in Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (372) glaubt, aus dem Zusammenhang der Ausführungen Bindings könne geschlossen werden, daß im Grunde auch der Schaden verneint werden solle. Diese Lesart überzeugt aber jedenfalls dann nicht, wie Bockelmann a.a.O. S. 377 an späterer Stelle zugesteht, wenn die Leistung einer "Nicht-Schuld" (z.B. §§ 656, 762 BGB) abgelistet wird, vgl. oben im Text

sie etwa demjenigen, der die Leistung des Ehemäklerlohnes oder der Spielschuld ablistet oder abnötigt, Straffreiheit im Hinblick auf die §§ 253, 263 attestieren. Da in derartigen Fällen eine Verbindlichkeit im Sinne des bürgerlichen Rechts und damit ein Vermögensrecht gerade nicht begründet werden, ist die Erbringung der nicht geschuldeten Leistung nicht als Rechtspflichterfüllung anzusehen und somit ein Nachteil im Sinne der §§ 253, 263 nicht zu leugnen. Auch in weiteren Sachverhaltskonstellationen muß auf der Grundlage der juristischen Vermögentheorie die Rechtswidrigkeit der Bereicherung untersucht werden. Dies gilt insbesondere, wenn der Gläubiger seinen Schuldner infolge einer Täuschung oder Nötigung zum Eingehen einer Verbindlichkeit bestimmt. Denn Nachteil ist ein Rechtsverlust oder eine Pflichtvermehrung, soweit diese nicht auf einer Rechtspflicht beruht [195]. Beispiele sind die abgelistete oder abgenötigte Wechselunterschrift des Schuldners oder die derart erreichte Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens oder -anerkenntnisses des Verpflichteten.

Trotz der Einschränkung, daß es schon an einem Vermögensschaden fehlt, wenn der Täter die Erfüllung seines Anspruches durch Täuschung oder Nötigung erreicht, ist nach der juristischen Vermögenstheorie in einigen Sachverhaltskonstellationen der Rechtswidrigkeit der Bereicherung eine selbständige Bedeutung eingeräumt.

bb) Wirtschaftliche Vermögenstheorie

Die gegenwärtig noch als herrschend [196] anzusehende wirtschaftliche Vermögenstheorie [197], der die Recht-

---

195) Binding I S. 363

196) z.B. nach der Ansicht Ottos S. 23

197) Den Weg zum wirtschaftl. Vermögensbegriff ebneten die Plenarentscheidungen RGSt 16, 1 ff.(ausführl. Votum in GS 43, 321 ff.) und RGST 44, 230 ff. Zur Entwicklung der wirtsch. Vermögenstheorie über die Anerkennung der objektiven Schadensberechnung zu einem wirtsch.-faktischen Vermögensbegriff vgl. Cramer S. 35 ff., Lenckner JZ 1967 S. 105 f.

sprechungsmeinung [198] folgt, verfechten im Schrifttum [199] insbesondere MAURACH [200] und SCHRÖDER [201]. Sie definieren das Vermögen als "Gesamtheit der wirtschaftlichen Güter einer Person" [202]. Nahtlos gelangt die wirtschaftliche Vermögenstheorie somit zu der in letzter Zeit erneut in das Schußfeld der Kritik [203] geratenen These: Es gibt kein gegen Betrug ungeschütztes Vermögen [204].

Vom Boden der wirtschaftlichen Vermögenstheorie, die zur Bestimmung des Schutzobjektes allein auf tatsächlich-wirtschaftliche Gegebenheiten abstellt, ist einer Rechtswidrigkeit der Bereicherung ein großes Anwendungsfeld überlassen. Diese Einsicht ist sofort zu vermitteln, wenn vor Augen geführt wird, daß auch die Erfüllung eines fälligen Anspruches ein Vermögensschaden sein kann [205]. Zwar ist die wirtschaftliche Vermögenstheorie gehalten, einen Schaden anhand eines Vergleichs der

---

198) Die neuere RsprM hat den vom Reichsgericht eingeschlagenen Weg weiter verfolgt: BGHSt 2, 193(201), BGHSt 1, 262 (264); 2, 364 (365); 3, 99 (102), 16, 220(221), BLG Hamburg NJW 1966 S. 1525

199) vgl. Bruns S. 72 ff., 231 ff., ders. in Mezger-Festschrift (1954) S. 335 (359f.), Grünhut JW 1932 S. 2434, Jaeusch in LK 8. Aufl. Vorbem. II 1 b, c vor § 249, Petters-Preisendanz § 263 I, V 1, Pfeiffer-Maul-Schulte § 263 Anm. 19, Olshausen-Kirchner § 263 Anm. 18 I

200) BT § 38 II B 4 b) -S.318-

201) in Schönke-Schröder § 263 Anm. 58

202) Petters-Preisendanz § 263 I, Schönke-Schröder § 263 Anm. 58

203) Insbes. vom Standpunkt einer rechtlich-wirtsch. Vermögenstheorie, Lenckner JZ 1967 S. 105 (107), vgl. auch Cramer JuS 1966 S. 472 ff., Foth GA 1966 S. 33(39 ff.), Franzheim GA 1960 S. 299 (304), kritisch ebenfalls Gallas in Eh. Schmidt-Festschrift (1961) S. 401 (426 Fußn.72)Otto S.30ff.

204) Maurach BT § 38 II B 4 b) aa) -S.320-. Auch sogen. nichtige Forderungen zählen als wirtschaftlich bedeutsame faktische Positionen zum Vermögen, OGHSt 2, 193(201), BGHSt 2, 364 (365), Bruns S. 72 ff., 231 ff., ders. Mezger-Festschrift (1954) S. 335(358 ff.), Grünhut JW 1932 S. 2434

205) Maurach BT § 38 II B 4 c) ff) -S.327-. Auf diese Konsequenz der wirtsch. Vermögenstheorie macht Lenckner JZ 1967 S. 105 (106) aufmerksam

Gesamtvermögenslage vor und nach dem Zeitpunkt der Vermögensverfügung zu ermitteln und somit einen durch Verlust eines Vermögenswertes zugleich zufließenden Vermögensvorteil schadensausgleichend zu berücksichtigen (Prinzip des Schadensausgleichs [206]), doch wird regelmäßig der in der Schuldbefreiung liegende Vorteil nicht den Wertverlust durch Erbringung der geschuldeten Leistung wettmachen [207]. Insoweit ist nicht einmal die Anerkennung der individuellen Schadensberechnung notwendige Voraussetzung [208]. Auch ohne Berücksichtigung persönlicher Belange kann etwa der Besitz einer Sache höherwertiger anzusehen sein als die Befreiung von der Verbindlichkeit, so daß eine Vermögensminderung durch Weggabe der Sache nicht deshalb auszuschließen ist, weil der Getäuschte dadurch von seiner Herausgabepflicht befreit werde [209]. Ebenso kann das Zurückhalten eines geschuldeten Geldbetrages für den Schuldner nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten höher zu veranschlagen sein als die Befreiung von der Geldforderung [210]. Eine wertmäßige Differenz zwischen dem Besitz des Schuldners

---

206) "Compensatio lucri cum damno", RGSt 44, 230 (237), Frank § 263 V 4 m.w.N.,Maurach BT § 38 II 4 b) -S.319-, Gegen dieses Prinzip der Saldoziehung, deren krasseste Konsequenzen die wirtschaftliche Vermögenstheorie durch Anerkennung einer objektiv-individualisierenden Schadensberechnung abzuwehren sucht, wendet sich insbesondere Hardwig GA 1956 S. 6 (19f.)

207) Bockelmann Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (368) behauptet demgegenüber zu Unrecht, auch nach streng wirtschaftl. Gesichtspunkten sei der Verlust liquider Mittel durch Erlöschen der Schuld aufgehoben. -Diese Annahme trügt und entspricht nicht der Wirklichkeit: In der Wertskala des Schuldners kann unter Berücksichtigung objektiver Kriterien - etwa zum Nachweis der Kreditwürdigkeit - der Zurückhaltung des geschuldeten Geldbetrages und der Schuldbefreiung ein unterschiedlicher Wert zukommen. Freilich ist der Vermögensschaden immer anhand objektiver Kriterien und nicht aufgrund persönlicher Schadensempfindung festzustellen.

208) BGH NJW 1961 S. 1876 (1877), BGH MDR 1962 S. 420, Maurach BT § 38 II 4 b) cc) -S.323-, Schönke-Schröder § 263 Anm. 61. - Eine Berücksichtigung individueller Verhältnisse wurde bereits früher gefordert, vgl. RGSt 16, 1 (9), dazu das Votum GS 43, 321 (367), RGSt 68, 212 ff., Frank § 263 V 4 a.e., Gerland § 165 II a.E.

209) Schröder DRiZ 1956 S. 69 (71), Schönke-Schröder § 263 Anm.86

210) Schröder JZ 1965 S. 513(515)

an Ware oder Geld und der infolge Weggabe des geschuldeten Gegenstandes erreichten Schuldbefreiung zeigt sich umso auffälliger, wenn der Gläubiger seinen Anspruch nur schwer beweisen kann [211].

Darüberhinaus ist in den folgenden Beispielen ein Vermögensschaden unter Durchführung einer streng wirtschaftlichen Betrachtung ohne Schwierigkeiten feststellbar. So ist die Erlangung einer günstigen Beweisposition ein Vermögensvorteil für den Gläubiger und umgekehrt ein Schaden oder zumindestens eine gleichzuerachtende Vermögensgefährdung für den Schuldner, da mit Hilfe des Beweismittels die Realisierung der zunächst schwer erweislichen Forderung in den Bereich des Möglichen [212] gerückt ist [213]. Im Wirtschaftsverkehr wird dem beweisbaren Anspruch ein höherer Wert beigemessen. Zum Beispiel ist nicht zu leugnen, daß eine abgelistete Schuldurkunde über eine Forderung eine mögliche Abtretung begünstigen kann und so den wirtschaftlichen Wert der sonst nicht belegbaren Forderung erhöht. Im übrigen wird sich zu einem Zessionsvertrag eher bereitfinden, wer wegen § 405 BGB die in dieser Bestimmung genannten etwaigen Einreden des Schuldners nicht zu fürchten braucht.

Schwierigkeiten ergeben sich auch nicht für die Vertreter der wirtschaftlichen Vermögenstheorie, bei Täuschung des Richters im Prozeß über einen vermögensrechtlichen Anspruch

---

211) vgl. dazu RGSt 7, 378, RG LZ 1915 S. 292 Nr. 29. Auch Hegler JW 1925 S. 1499 (1500) hebt den Gesichtspunkt des Minderwertes einer schwer einziehbaren Forderung hervor und bejaht daher einen Vermögensschaden bei Aushändigung von Kaufware, um mit der bestrittenen und in der Realisierung unsicheren Forderung gegen den Kaufpreisanspruch aufzurechnen.

212) Die Eintreibbarkeit der Forderung wäre nur dann gleich gefährdet, wenn dem Verpflichteten der Nachweis der betrügerischen Erlangung des Beweismittels leicht gelingen sollte, vgl. etwa Cramer S. 163, anders allerdings RG GA Bd. 44 S. 396 (397) unter Hinweis auf die Motive zu § 253 S. 126

213) Schönke-Schröder § 263 Anm. 122.

einen Vermögensschaden oder zumindestens eine Vermögensgefährdung anzunehmen [214]. Ebenfalls bedeutet das Erschleichen einer Aufrechnungsmöglichkeit durch Begründung einer neuen Verbindlichkeit nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten einen Vermögensschaden [215]. Endlich - und damit wird ein letztes Beispiel angeführt - kann eine Vermögensgefährdung wegen des Verlustes aller Einreden aus dem Grundverhältnis im Falle der Weiterbegebung (sogenannte "Wechselstrenge", Art. 17 WG) im Eingehen einer Wechselverbindlichkeit liegen [216], und zwar soll dies auch gelten, wenn der Wechsel für eine fällige Forderung erschlichen wird [217].

In all diesen Fällen empfiehlt sich eine genauere Untersuchung unter dem Blickwinkel der Rechtswidrigkeit der Bereicherung, soweit der Täter einen fälligen Anspruch in geschilderter Weise sichern oder durchsetzen will. Der Begriff der Rechtswidrigkeit der Bereicherung gewinnt insoweit eine herausragende Bedeutung zur Absonderung des nicht strafwürdigen Verhaltens von den betrügerischen und erpresserischen Handlungen.

cc) Personale Vermögenstheorie

Die "personale Vermögenstheorie" wurde von BOCKELMANN [218]

---

214) RGSt 72, 132 (139) unter Bezugnahme auf ein unveröffentl. RG-U. v. 13.12.1935 - 1 D 315/35 -, BGHSt 3, 160 (162), BGH-U. v. 27.10.1955 - 3 StR 336/55-, mitgeteilt bei Dallinger MDR 1956 S. 9 (10), Maurach BT § 38 II B 4 b) dd) -S.325-. - Unbedeutend ist die mangelnde Identität von Getäuschten und Geschädigten; ausreichend ist, daß der getäuschte Richter die tatsächliche Möglichkeit hat, über das fremde Vermögen zu verfügen, vgl. Maurach BT § 38 II B 3 b) -S.315-, Schönke-Schröder § 263 Anm. 47

215) Schönke-Schröder § 263 Anm. 86

216) Maurach BT § 38 II B 4 b) dd) -S.325-

217) Schönke-Schröder § 263 Anm. 101 a.A. BayrObLGSt 1955, 3(7)

218) Bockelmann, Probleme S. 226 ff., insbes. S. 248-252, ders. JZ 1952, S. 461, ders. Mezger-Festschrift (1954) S. 363 ff., insbes. S. 378 ff.

entwickelt und hat in jüngster Zeit eine grundlegende Behandlung und Vertiefung durch Arbeit OTTOS [219] erfahren. Ihr Anliegen ist, unter Einbeziehung subjektiver Elemente den unerwünschten Konsequenzen zu entgehen,[220] die sich aus der Festlegung des Vermögensschadens als Geldwertminderung des Gesamtvermögens ("Wertsummenbegriff" [221]) durch die wirtschaftliche Vermögenstheorie ergeben. Nach der personalen Vermögenstheorie ist "Vermögen die wirtschaftliche Potenz des Rechtssubjekts, die auf der Herrschaftsgewalt über Objekte beruht, die die Rechtsgesellschaft als selbständige Objekte des Wirtschaftsverkehrs ansieht"[222]. Mit den Worten BOCKELMANNS [223] ist Vermögen "die Gesamtheit dessen, woran und worin die wirtschaftliche Kraft des Menschen erlaubtermaßen wirkt". Der Eingriff in dieses Ganze begründet den Schaden. Ein Charakteristikum ist somit die Haben-Beziehung zu einem Vermögensgut. Diese - schützenswerte - Herrschaftsposition eröffnet gerade die Möglichkeit, das Vermögensgut nach freiem Belieben in einer vom Recht gestatteten Weise zu nutzen[224].

(1) Otto

Von der Betonung der strafrechtlich relevanten Vermögensbeziehung zwischen Vermögenssubjekt und Vermögensobjekt

---

219) S. 34 ff.

220) Diesen Vorzug eines personalen Vermögensbegriffs gegenüber einem wirtschaftl. Vermögensbegriff unterstreicht Hardwig GA 1956 S. 6 (19 f.)

221) deutlich RGSt 44, 230(233): "Vermögen ist die Summe der geldwerten Güter einer Person" - Aus diesem Wertsummenbegriff ergibt sich das Prinzip des Schadensausgleiches als Folge der Schadensberechnung durch Saldoziehung

222) Otto S. 70

223) in Probleme S. 226 (246), vgl. auch Bockelmann JZ 195[illegible] S. 461 (464 r.Sp.)

224) Otto S. 71

trennt nur ein kurzer Gedankenschritt zu der Erkenntnis, daß das Haben einer Sache dem Anspruch auf die Sache nicht gleichgesetzt werden kann [225]. Übereinstimmend mit der wirtschaftlichen Vermögenstheorie ist damit für die personale Vermögenstheorie die Identifizierung von faktischem Haben und rechtlichem Haben-Sollen nicht nachvollziehbar. Dabei brauche nicht nur das vielfach zitierte Beispiel der bestrittenen oder dubiosen Forderung, die auch im Wirtschaftsleben nicht mit ihrem Nennwert honoriert wird, angeführt zu werden [226]. Auch im Falle eines unbestrittenen Übereignungsanspruches auf eine bestimmte Sache zeige sich der wirtschaftliche Unterschied zwischen Haben und Haben-Sollen. Solange der Verpflichtete die zu übereignende Sache nicht übergeben hat, verbleibt ihm die aus der rechtlich anerkannten Herrschaftsmacht fließende Nutzungsmöglichkeit der Sache. Ein aus dem Gebrauch der Sache gezogener Nutzen ist nicht herauszugeben. Das Recht verhindert etwa auch nicht einen anderweitigen Verkauf und belastet in diesem Fall den zur Übereignung Verpflichteten lediglich mit einem Schadensersatzanspruch, dessen Risiko überschaubar und unter Umständen tragbar erscheinen mag. Auch ein etwaiges Geltendmachen eines Verzugsschadens kann in Kauf genommen werden, wenn die Nutzung der zurückgehaltenen Sache dem Schuldner einen höheren Gewinn verspricht. Mit diesen Erwägungen gelangt OTTO [227] vom Standort einer personalen Vermögenstheorie zu dem Resultat, daß die durch Täuschung oder Nötigung bewirkte Erfüllung eines fälligen Anspruches

---

225) Otto S. 216 ff.

226) Otto S. 216, vgl. aber Bockelmann in Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (370), der ausführt, im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner behalte auch die schwer erweisliche Forderung den Wert ihres Nennbetrages. Der Verpflichtete werde durch Zahlung von einer "echten Verbindlichkeit" frei und nicht geschädigt, dazu vgl. den Text oben

227) S. 218

einen Vermögensschaden des Schuldners darstellt und daher die Problematik der eigenmächtigen Anspruchsverwirklichung über das Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" gelöst werden muß.

(2) Bockelmann

Überraschen muß in diesem Zusammenhang allerdings, daß BOCKELMANN [228], Begründer der personalen Vermögenstheorie, annimmt, die durch List oder Nötigung erreichte Berichtigung einer Verbindlichkeit begründe trotz der dafür gemachten Aufwendungen keinen Schaden des Schuldners. Die Problematik einer Rechtswidrigkeit der Bereicherung entsteht insoweit also gar nicht. Gleiches gelte im allgemeinen auch für die strafrechtliche Behandlung der Naturalobligationen. Ihre Durchsetzung als Folge einer Täuschung oder Nötigung sei eine Frage des Vermögens- und Schadensbegriffs und entlaste das Merkmal des "rechtswidrigen Vermögensvorteils" von der ihm insbesondere von der Rechtssprechungsmeinung zugedachten Aufgabe. Der Funktion der Abgrenzung strafbarer von straflosen Handlungen könne der Begriff der Rechtswidrigkeit der Bereicherung nicht gerecht werden.

Angesichts dieser Auffassung BOCKELMANNS scheint die Bedeutung einer Rechtswidrigkeit der Bereicherung weitgehendst ausgehöhlt. Denn BOCKELMANN [229] differenziert nicht danach, in welcher Weise die Begleichung einer fälligen Forderung erstrebt wird, sei der Anspruch nun

---

228) in Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (370, 380)
229) in Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (369, 370)

unbestritten, schwer erweislich.[230] oder im Prozeß befangen[231]. Nie könne in der Anspruchdurchsetzung wegen der zugleich eintretenden Schuldbefreiung ein Vermögensschaden des Verpflichteten erblickt werden. Zwar können Beweisschwierigkeiten des Forderungsberechtigten innerhalb oder außerhalb des Prozesses Einfluß auf die Erfüllungsbereitschaft des Schuldners haben. Der Gesichtspunkt der Leistungsbereitschaft und -fähigkeit könne für die wirtschaftliche Vermögenstheorie verwertet werden, sei aber unbrauchbar für die personale Vermögenstheorie[232]. Zur strafrechtlichen Beurteilung derjenigen Fälle, in denen der Gläubiger über ein anderes Rechtsgeschäft durch List oder Nötigung seinen Anspruch zu realisieren sucht (zum Beispiel durch Abschwindeln eines Darlehens zum Zwecke der Aufrechnung[233]) und in denen der Verpflichtete zur Eingehung einer Wechselverbindlichkeit infolge einer Täuschung oder Nötigung bestimmt wird, hat BOCKELMANN nicht ausdrücklich Stellung bezogen. Da BOCKELMANN wirtschaftliche Gesichtspunkte bei der Bestimmung des Vermögensschadens weitgehend vernachlässigt - die Erfüllung auch einer nur schwer beweisbaren Forderung werde durch die Schuldbefreiung aufge-

---

230) An anderer Stelle stimmt Bockelmann JZ 1952 S. 485 (486 Fußn. 5) allerdings beiläufig der Ansicht zu, daß bei zweifelhafter Realisierung eines rechtsgültigen Anspruches wegen mangelnder Erfüllungsbereitschaft des Schuldners dieser Anspruch seinen Vermögenswert verliert, ebenso Otto S. 54. - Dann muß die eigenmächtige Durchsetzung der bestrittenen, schwer erweislichen Forderung für den Gläubiger ein Vermögensvorteil sowie für den Schuldner ein Vermögensschaden sein.

231) Die Konstruktion des Prozeßbetruges, nach der Verfügender und Geschädigter nicht identisch sind, erscheint in dem Denkschema einer "personalen Vermögenstheorie" als Fremdkörper. Sie ließe sich systemkonform mit der Erwägung stützen, das Vermögenssubjekt habe einem anderen die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf die eigenen Vermögensgüter eingeräumt in der Absicht, jene Verfügungen sich zurechnen zu lassen.

232) Bockelmann in Mezger-Festschrift (1954)S.363(380).- Vgl. auch Franzheim GA 1960 S. 269(274-277),der sich von einem freilich anderen Standpunkt gegen denGesichtspunkt der faktischen Realisierbarkeit als Abgrenzungskriterium für rechtlich nicht bestehende Forderungen wendet

233) [illegible] der Schaden, obwohl in dem RG-Urteil ein rechtswidriger Vermögensvorteil bejaht und diesbezüglich auf eine sorgfältige Vorsatzprüfung verwiesen wird.

wogen - führt mithin die auf einer Täuschung beruhende Hingabe eines Darlehens durch den Schuldner an den Gläubiger nicht zu einem Vermögensschaden: die rechtlich zulässige Aufrechnung nimmt dem Darlehensgläubiger zwar den Rückforderungsanspruch aus § 607 BGB, befreit ihn aber zugleich von seiner eigenen Verpflichtung gegenüber dem Aufrechnenden. Für den Sachverhalt, in dem für eine bestehende fällige Forderung ein Wechsel erschlichen wird, wäre jedoch nach der Ansicht BOCKELMANNS ein Vermögensschaden mit der Überlegung zu bejahen, der Wechsel werde nicht an Erfüllungs statt, sondern erfüllungshalber gegeben, so daß das Eingehen der Wechselverbindlichkeit nicht zugleich die zugrundeliegende Forderung untergehen lasse. Der Weg, für diesen Fall das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Bereicherung zu verneinen, wie es zum Beispiel SCHRÖDER [234] vorschlägt, ist allerdings für BOCKELMANN versperrt. BOCKELMANN [235] meint nämlich, die Rechtswidrigkeit des Vorteils habe ihre Quelle in der Rechtswidrigkeit der Schädigung, so daß der Vorteil rechtswidrig sei, der aus einer tatbestandsmäßig-rechtswidrigen, nämlich durch Täuschung oder Nötigung verursachten Vermögensbeschädigung eines anderen stamme.

(3) Klärung der unterschiedlichen Aussagen Bockelmanns und Ottos

Nach der Auffassung BOCKELMANNS kann demnach die Rechts-

---

234) in Schönke-Schröder § 263 Anm. 101

235) [illegible], - Die Gegenannahme Bockelmanns a.a.O. auf Frank § 253 IV: "Der rechtswidrige Vermögensvorteil setzt also eine Vermögensbeschädigung voraus, und er erlangt die Rechtswidrigkeit durch die Rechtswidrigkeit der Vermögensbeschädigung, aus der er stammt" - ist irreführend. Eine Übereinstimmung der Auffassungen Bockelmanns a.a.O. und Franks a.a.O. ist allenfalls im Ansatz feststellbar. Nach Frank a.a.O. kennzeichnet den rechtswidrigen Vorteil eine rechtswidrige Vermögensverschiebung, die Erlangung eines Vorteils aus einem fremden Vermögen im Widerspruch zu den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts.

widrigkeit der Bereicherung eine selbständige Bedeutung zur Lösung der erwähnten problematischen Sachverhalte nicht erlangen. Da OTTO [236] als Anhänger der personalen Vermögenstheorie, wie oben mitgeteilt, gerade in den Fällen der eigenmächtig bewirkten Anspruchserfüllung einen Vermögensschaden des Schuldners nicht in Abrede stellt, ist eine Überprüfung unumgänglich, ob vom Ausgangspunkt eines personalen Vermögensbegriffs die von BOCKELMANN behauptete Ausgewogenheit von Anspruchserfüllung und Schuldbefreiung angenommen werden kann. Diese Frage wird unter zwei Aspekten zu beleuchten sein. Einmal ist zu entscheiden, inwieweit eine personale Vermögenstheorie auch wirtschaftliche Kriterien zu berücksichtigen hat, wenn Vermögenswerte zur Tilgung einer Schuld aufgeopfert werden. Zum anderen ist dann, wenn die Leistung auf die Forderung der Schuldbefreiung nicht gleichkommt, auf einer zweiten Stufe zu überlegen, daß der Schuldner bei Eingehen der Verpflichtung zum Übertragen eines Vermögensobjektes die angestrebte Vermögensverschiebung als wirtschaftlich vernünftiges Geschäft angesehen haben wird und sich unter Umständen an dieser Bewertung festhalten lassen muß.

Die zunächst aufgeworfene Frage wird freilich in diesem Gewand von den Vertretern der personalen Vermögenstheorie gar nicht gestellt. Und doch erklärt ihre Beantwortung die voneinander abweichenden Stellunghahmen BOCKELMANNS und OTTOS. BOCKELMANN [237] gibt zu bedenken, daß die Vorstellung, es schädige sich, wer zahle, was er schuldig sei, von vornherein verkehrt ist. Für die juristische Vermögenstheorie sei sie denn auch unvollziehbar und sollte es für die wirtschaftliche Vermögenstheorie ebenfalls sein. Der Gesamtwert eines Vermögens mindere sich nicht, wenn der Verlust liquider Mittel durch Erlöschen der Schuld aufgehoben werde und wo im Einzelfall der

---

236) S. 216 ff. und oben S. 56 ff.
237) in Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (368)

hartnäckige Schuldner lieber seine Schuldenlast getragen, dafür aber sein Geld behalten hätte, könne doch diese Empfindung allein die Annahme eines Schadens nicht rechtfertigen. Richtig ist die Irrelevanz einer persönlichen Schadensempfindung [238]. Jedoch vermag entgegen der Auffassung BOCKELMANNS die wirtschaftliche Vermögenstheorie zu begründen, daß der Besitz an Ware oder Geld und Aufrechterhalten der Schuldenlast für den Verpflichteten mehr wert sein kann als die Schuldbefreiung als Folge der Leistung des geschuldeten Vermögensgegenstandes [239]. So wird nicht recht deutlich, aufgrund welcher Kriterien BOCKELMANN die Ausgewogenheit von Schuldbegleichung und Schulderlöschen unter Einsatz von Vermögenswerten rechtfertigen will. Wirtschaftliche Gesichtspunkte können es jedenfalls nicht sein. Einen möglichen Beurteilungsmaßstab kann die Wertung der kollidierenden persönlichen Interessen vermitteln, auf deren Verteidigung gegen Unredlichkeit und Vergewaltigung es im Vermögensstrafrecht ankomme [240]. Auf diese Wertung stützt BOCKELMANN [240] seine individualisierende Entscheidungen ermöglichende Betrachtung der Naturalobligationen. Auf den Fall der eigenmächtigen erstreten Befriedigung eines rechtsgültigen Anspruches übertragen, hieße das, das Interesse des Schuldners an freiwilligem und irrtumsfreiem Einsatz seiner Vermögensgegenstände hinter das billigenswerte Interesse des Gläubigers an der Realisierung seiner bestehenden Forderung gegen den säumigen Verpflichteten zurücktreten zu lassen. Ob sich diese Wertung allerdings mit dem Ausgangspunkt der personalen Vermögenstheorie verträgt, muß zweifel erwecken. Die erstmerlich, definiert BOCKELMANN [241] das Vermögen als "die Gesamtheit dessen, worin und worin die <u>wirtschaftliche</u> Kraft des Menschen

---

238) Schönke-Schröder § 263 Anm. 88

239) oben S. 52 ff.

240) Bockelmann in Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (380)

241) in Probleme S. 226 (248)

erlaubtermaßen wirkt". Der Eingriff in dieses Ganze begründe den Schaden. Nun kann aber schlechterdings bezweifelt werden, daß dann, wenn etwa die Leistung auf eine dubiose oder schwer erweisliche Forderung abgeschwindelt oder abgenötigt wird, der wirtschaftliche Bestätigungsraum der "Vermögensperson" tangiert wird und der Schuldner einen Vermögenswert aufgibt, dessen Korrelat in Form der Schuldbefreiung wirtschaftlich nicht gleichwertig ist. Konsequenter ist daher die von OTTO [242] geäußerte Auffassung. BOCKELMANN [243] gelangt im übrigen auch zu einer höchst bedenklichen grundsätzlichen Verneinung der Vermögensbeschädigung bei eigenmächtiger "Einziehung" einer unvollkommenen Verbindlichkeit [244]. Welcher wirtschaftliche Gegenwert hier eingetauscht wird, ist nicht erkenntlich. Aus der vom Gesetz versagten Zurückforderbarkeit des freiwillig Geleisteten auf eine erfüllbare Naturalobligation oder auf einen verjährten Anspruch läßt sich m.E. gerade nicht herleiten, dem "Schuldner" sei wegen eines überwiegenden Interesses des "Gläubigers" an der Leistung auf die Naturalobligation oder auf die einredebehaftete "Forderung" die - eben nicht aus freien Stücken geschehene - Aufopferung eigener Vermögenswerte zumutbar. Das Zivilrecht erkennt zwar eine moralische Leistungspflicht an, hindert aber nur die Zurückforderbarkeit des freiwillig Geleisteten und gesteht dem "Verpflichteten die Entscheidung zu, ob er leisten wolle oder nicht". Dann muß unbefriedigend wirken, wenn der "Gläubiger" ohne Furcht vor einer Strafbarkeit geradezu ermuntert wird, durch Täuschung die Leistung auf die unvollkommene Verbindlichkeit zu erlangen. Das auch von BOCKELMANN [245] nicht geleugnete Strafbedürfnis wird durch die Strafbestimmungen der §§ 240, 267 nur unzureichend abgedeckt, da sie die Täuschungshandlung nicht erfassen.

---

242) S. 216 ff., oben S.56 ff.

243) in Mezger-Festschrift (1954) S.363(378 ff.)

244) Unter den Begriff der "unvollkommenen Verbindlichkeit" faßt Bockelmann in Mezger-Festschrift (1954) S.363 die nicht einklagbaren, aber erfüllbaren Naturalobligationen und die einredebehafteten Ansprüche, deren auf sie erbrachte Leistung gleichwohl nicht zurückgefordert werden kann.

245) in Mezger-Festschrift (1954) S. 363(380)

Mit einer weitgehenden Außerachtlassung wirtschaftlicher Gesichtspunkte und einer stattdessen vorzunehmenden wertenden Abwägung der kollidierenden persönlichen Interessen gefährdet BOCKELMANN in Grenzbereichen das erklärte Ziel der personalen Vermögenstheorie, nämlich die Sicherung der Person in ihrem Wirtschaftsbereich und Daseinsraum [246].

Das von BOCKELMANN vertretene Ergebnis kann auch nicht mit der Erwägung gehalten werden, die Leistung, zu deren Erbringung sich das Rechtssubjekt verpflichtet habe, könne nicht als Vermögensschaden anerkannt werden. Ganz abwegig scheint dieser Gedanke jedoch nicht auf dem Boden einer personalen Vermögenstheorie. Den Anstoß zu diesem immerhin naheliegenden Gedanken liefert allerdings weniger die rechtliche Anerkennung der Vermögensposition, wie OTTO [247] glaubt, sondern eher die Überlegung, daß eine Vermögenstheorie, die den "Umfang des Vermögens sowie Dasein und Ausmaß des Schadens an dem berechtigten wirtschaftlichen Bedürfnis, dem anerkennenswerten persönlichen Interesse des Vermögensträgers" [illegible] orientiert, dem aus einem Rechtsgeschäft Verpflichteten möglicherweise die eigene Bewertung einer künftigen Vermögensverschiebung vorhalten und den Schuldner an dieser Erklärung festhalten kann. Beachtlich könnte also der Gesichtspunkt des zweckbestimmten Einsatzes des Vermögens im Wirtschaftsleben sein. Wer sich rechtsverbindlich mit einer Minderung seines Vermögens einverstanden erkläre, bekunde schließlich, daß er diese Vermögensminderung nicht als Vermögensschädigung, sondern als wirtschaftlich vernünftiges Geschäft auffasse. Indes verwischt dieser Gedankengang, wie OTTO [249] zutreffend nachweist, die Grenze zwischen Verpflichtungs- und Verfügungs-

---

246) in Probleme S. 226 (248)
247) S. 217
248) Bockelmann JZ 1952 S. 461 (464)
249) S. 217 f.

geschäft, sobald beide Geschäfte zeitlich auseinanderfallen. Diese Situation, die Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft liegt aber den hier erörterten eigenmächtigen Anspruchsbefriedigungen zugrunde, in denen die Forderung aus dem vorausgegangenen Verpflichtungsgeschäft realisiert werden soll. Das Eingehen einer Verpflichtung zum Übertragen eines Vermögensobjektes mag zum Ausdruck bringen, daß die beabsichtigte Vermögensverschiebung als wirtschaftlich vernünftiges Geschäft betrachtet wird, beinhaltet aber nicht zugleich die Aufgabe einer rechtlich anerkannten Vermögensposition gegenüber einem eigenmächtig seinen Anspruch verwirklichenden Gläubiger. Dem Inhalt nach wäre die Verpflichtungserklärung ansonsten eine - nicht anzunehmende [250] - vorweggenommene, dem Forderungsberechtigten eingeräumte Einwilligung in den Eingriff in eine rechtlich unbeanstandete schützenswerte Vermögensposition.

Die eigenmächtige Durchsetzung eines fälligen begründeten Anspruches führt mithin zu einem Vermögensschaden. Die personale Vermögenstheorie muß daher ähnlich wie die wirtschaftliche Vermögenstheorie der Rechtswidrigkeit der Bereicherung die entscheidende Funktion zur Lösung dieser und der problemverwandten Fälle zuweisen.

dd) Rechtlich-wirtschaftliche Vermögenstheorien und materiale Vermögenstheorie

Die rechtlich-wirtschaftlichen Vermögenstheorien und die materiale Vermögenstheorie grenzen den weiten wirtschaft-

---

250) Zur Einwilligung im Rahmen der Bereicherungsdelikte vgl. unten S. 136f. - Zum Parallelproblem bei der Rechtswidrigkeit der Zueignung: auch hier ist bei Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts eine Einwilligung in die spätere eigenmächtige Zueignung der geschuldeten Sache schon deshalb nicht anzunehmen, weil sonst die Eigenmacht des Gläubigers nicht mehr rechtswidrig und damit nicht mehr notwehrbegründend wäre, vgl. unten S. 193 ff.

lichen Vermögensbegriff unter Einbeziehung rechtlicher Gesichtspunkte ein. Allerdings werden von den verschiedenen Varianten dieser Theorien auch unterschiedliche Folgerungen für den Begriff der Rechtswidrigkeit der Bereicherung gezogen. Dies gilt es darzustellen, um hieran eine Überprüfung der Argumentationsweisen anzuschließen.

Von ihrem dogmatischen Ansatz her sind die heute vertretenen Spielarten eines rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriffs auf die juristisch-ökonomische [251] Vermittlungslehre zurückführbar. Eine rechtlich-wirtschaftliche Vermögentheorie ist damit keine Neuschöpfung, wie etwa die Bekenntnisse [252] in jüngster Zeit zu einem rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriff glauben lassen könnten. Das überwiegende ältere Schrifttum [253] suchte ähnlich wie einige frühe Reichsgerichtsentscheidungen [254] das Schutzgut [illegible]

---

251) Diese Bezeichnung verwendet - nach einer Auskunft Cramers S. 55 Fußn. 175: erstmalig - Doerr S. 15 Fußn. 68, wenn auch in abgewandeltem Sinn: Vermögen als Inbegriff von Rechten, die wirtschaftl. Wert haben

252) z.B. Cramer S. 100, ders. JuS 1966 S. 472 ff., Foth GA 1966 S. 269 (277), Gallas Eb. Schmidt-Festschrift (1961) S. 401 (409), Gutmann MDR 1963 S. 3 (5), Kohlrausch-Lange § 263 Anm. V 1, Lenckner JZ 1967 S. 105 (107), Nagler ZAkDR 1941 S. 294 f., ders. in LK 6.7.Aufl. Vorbem. II 1 vor § 249, Sauer S. 85, Welzel § 54 I 4 a -S.372-. Die von Welzel S. 373 behauptete Angehörigkeit der Meinung Mezger-Bleis II § 58 V 1 -S.193- zur juristischen-ökonomischen Vermittlungslehre verwundert. Verbal wird in Mezger-Blei a.a.O. zwar der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre zugestimmt; jedoch wird in keinem der interessanten Streitpunkte die entsprechende Konsequenz gezogen. Dies betrifft die Zuordnung des (auch widerrechtlichen) Besitzes zum Vermögen, Mezger-Blei II S. 195 und die Anerkennung einer "Forderung" mit realisierbarem Wirtschaftswert aus einem unsittlichen oder gesetzwidrigem Geschäft als Vermögensbestandteil, Mezger-Blei II S. 195,19[illegible]

253) vgl. Frank § 263 V m.w.N., Gerland S. 437, 506, v. Liszt-Schmidt S. [illegible]

254) vgl. RGSt 16, 1(3): "Vermögen im rechtlichen Sinne ist die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen einer Person RGSt 19,186(191): "Der Tatbestand des Betruges... setzt ... einen Eingriff in das rechtlich geschützte Eigentum anderer voraus", bestätigend RGSt 21, 161

nicht allein am wirtschaftlichen Wert, sondern zusätzlich anhand rechtlicher Prinzipien einzugrenzen. Das Reichsgericht blieb selbst nach der einschneidenden Plenarentscheidung aus dem Jahre 1910 [255], die den Umschwung zu einem rein faktischen Vermögensbegriff einleitete, in einigen Erkenntnissen [256] dem Begriff eines "rechtlich geschützten Vermögens" verhaftet [257]. Letztlich geht es in diesem Zusammenhang um die Frage, ob Wirtschaftswerte einer Begrenzung anhand rechtlicher Kriterien [258] bedürfen, um dem Strafrechtsschutz unterstellt werden zu können. Die rechtlich-wirtschaftlichen Vermögenslehren entscheiden diese Frage dahingehend, daß nur vom Recht anerkannte oder zumindest unbeanstandete Wirtschaftsgüter am Strafrechtsschutz teilhaben können. Begründet wird diese Theorie mit einer "begrifflichen Akzessorietät" [259] des Strafrechts und unter Betonung des das Strafrecht kennzeichnenden Rechtsgutdenkens mit dem "Grundsatz der Einheit des Rechts" [260].

---

255) RGSt 44, 230

256) RGSt 66, 281 (285): "Inbegriff der jemandem unter dem Schutze der Rechtsordnung zu Gebote stehenden wirtschaftlichen Werte", RGSt 74, 316 (317): "vermögensrechtlich geschützte Anwartschaft", vgl. auch RG JW 1932 S. 2434 m. krit. Anm. Grünhut

257) Dies betont zu Recht Nagler ZAkDR 1941 S. 294(295)

258) sei es durch eine "juristische Vorformung" Hirschberg S. 320 ff. (zur Entwicklung der Lehre: S. 320 Fußn.17), Nagler ZAkDR 1941 S. 294(295) oder durch Überprüfung der im Zivilrecht angeordneten Nichtigkeit zur Bestimmung des Rechtsguts "Vermögen", Lenckner JZ 1967 S. 105(108)

259) Hirschberg S. 320

260) Lenckner JZ 1967 S. 105(107), ebenso Cramer S.91 ff., ders. JuS 1966 S. 472 (474, 475), ähnlich auch Franzheim GA 1960 S. 269(275): Nur das schutzbedürftige Interesse, das wegen seiner sozialen Bedeutung rechtlich geschützte Lebensgut könne als "Rechtsgut" Strafschutz beanspruchen. Der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung klingt schon an bei Ballerstedt JZ 1956 S. 267(268), ebenso für das schweizerische Strafrecht zur Begründung eines rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriffs Schultz SchwZStR 74 (1959) S. 257(270)

Trotz eines grundsätzlichen Bekenntnisses zu einem rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriff divergieren die Meinungen im einzelnen. NAGLER [261] definiert das Vermögen als "Inbegriff der in der rechtlichen Verfügungsgewalt eines Rechtssubjektes stehenden, konkreten Wirtschaftsgüter". Andere [262] heben in Anlehnung an eine vom Reichsgericht [263] gewählte Formulierung darauf ab, daß das Vermögen "der Inbegriff der jemandem unter dem Schutz der Rechtsordnung zu Gebote stehenden wirtschaftlichen Güter" ist. Der Unterschied dieser Auffassung zur Ansicht NAGLERS tritt klar zutage: Gefordert wird nicht eine rechtliche Verfügungsgewalt, vielmehr genügt die tatsächliche Verfügbarkeit im Rahmen des Rechts. Einen Schritt weiter gehen wollen LANGE [264] und LENCKNER [265], die das Schutzobjekt wie folgt umschreiben: "Vermögen ist nicht nur, was jemandem unter dem Schutz, sondern auch, was ihm ohne Mißbilligung durch die Rechtsordnung zu Gebote steht oder zukommt [266]". Vorausgesetzt wird demnach nicht, daß die Rechtsordnung die Mittel zur Realisierung der Wirtschaftswerte zur Verfügung stellt. Bezeichnet gewinnt die gegebene Definition auch [illegible] für die [illegible]-

---

261) in LK 6.7.Aufl. Vorbem. II 1 vor § 249, Nagler ZAkDR 1941 S. 294(295), ebenso schon Frank § 263 V

262) Gutmann MDR 1963 S. 3(5), Foth GA 1966 S.33 (40), Welzel § 54 I 4 a -S.372-, ähnlich auch Sauer S. 85: "Inbegriff der rechtlich anerkannten wirtschaftlichen Werte einer Rechtspersönlichkeit"; von einem eigenen Verständnis des Betrugstatbestandes in der Sache zustimmend Gallas Eb.-Schmidt-Festschrift (1961) S.401(409, 410)

[illegible] unter dem Schutz der Rechtsordnung bestätigt und in einem [illegible] Verfahren [illegible] werden können." Die diesbezügliche Bezugnahme auf RGSt 51, 204(209) trifft allerdings nicht den Kern. In RGSt 51, 204(209) hatte das RG ausgeführt, bei Nichtbestehen eines Rechtsanspruches auf Zuteilung könne gleichwohl eine gegen Entziehung oder Beeinträchtigung schützenswerte "Anwartschaft" bejaht werden, wenn die [illegible] Möglichkeit, einer Zuteilung ohne Gegenleistung entgegenzusehen, [illegible] "nicht nur" zum Bereich der wirtschaftl. Vermögenstheorie

264) in Kohlrausch-Lange § 263 V 1

265) JZ 1967 S. 105 (107, insbes. Fußn. 13)

266) Kohlrausch-Lange § 263 V 1

ziehung der Naturalobligationen in den Schutzbereich der Vermögensdelikte [267]. Einem so verstandenen rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriff kommt auch der materiale Vermögensbegriff CRAMERS sehr nahe. Dieser erfaßt alle "wirtschaftlich wertvollen Güter, die eine Person unter Billigung der rechtlichen Güterzuordnung innehat [268]".

(1) Die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre Naglers

Die Auswirkungen der dargestellten Varianten eines rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriffs auf den Begriff der Rechtswidrigkeit der Bereicherung sind von unterschiedlicher Intensität. Die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre im Sinne FRANKS und NAGLERS eliminiert zwar einige Fälle aus dem Anwendungsbereich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung, kann aber in einer Vielzahl anderer Sachverhaltskonstellationen auf diesen Begriff nicht verzichten. Im Unterschied zu einer extrem wirtschaftlichen Betrachtung, die auch den Besitz an vitiös erworbenem Gut dem Vermögen zurechnet [269], verneinen FRANK [270] und NAGLER [271] folgerichtig die Zugehörigkeit des widerrechtlichen Besitzes des Diebes, Hehlers usw. zum Vermögen. Veranlaßt der Berechtigte infolge einer List oder Nötigung den Dieb zur Herausgabe des gestohlenen Gutes, scheitert die Bestrafung aus einem Vermögensdelikt bereits daran, daß der widerrechtliche Besitz nicht dem strafrechtlichen Vermögensschutz unterfällt, ohne daß die Rechtswidrigkeit der Bereicherung im Hinblick auf den dinglichen Herausgabeanspruch untersucht werden müßte. Auch den Ansprüchen aus unsittlichen oder verbotenen Rechtsgeschäften muß die Anerkennung als Vermögensbestandteil versagt sein [272]. Der kürzlich vom Oberlandesgericht

---

267) so Nagler in LK 6.7.Aufl. Vorbem. II 3 vor § 249

268) Cramer S. 100

269) vgl. etwa Bruns in Mezger-Festschrift (1954) S. 335 (342 ff.), Maurach BT § 38 II B 4 c) aa) -S.321-, differ. Kohlrausch-Lange § 263 V 1 c

270) § 263 V 3 c

271) in LK 6.7.Aufl. Vorbem. II 4 a vor § 249

272) konsequent Frank § 263 V 3 c, Nagler in LK 6.7.Aufl. Vorbem. II 4 c vor § 249

HAMBURG [273] entschiedene Fall - die angeklagte Dirne hatte sich nach Verweigerung des versprochenen Geschlechtsverkehrs dem Zurückforderungsbegehren bezüglich des bereits gezahlten Dirnenlohnes gewaltsam widersetzt - erfährt so eine eindeutige Lösung: es fehlt schon an einer relevanten Vermögensbeeinträchtigung des Freiers [274]. Eine, im übrigen vom Oberlandesgericht HAMBURG unterlassene [275], Prüfung der Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung ist infolgedessen nicht mehr angezeigt. Die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre vermag also in der Tat im Gegensatz zu einer extrem wirtschaftlichen Vermögenstheorie eine für das Strafrecht erhebliche Vermögensverletzung in einigen Fällen nicht festzustellen, in denen ansonsten mit Bejahung eines Vermögensschadens die Problematik der Rechtswidrigkeit der Bereicherung entsteht. Jedoch kann damit keineswegs der Eindruck erweckt werden, die Rechtswidrigkeit der Bereicherung habe nun jede Funktion eingebüßt. Gerade die eigenmächtigen Handlungen eines Gläubigers zur Verwirklichung seines Anspruches [276] - dazu zählen die eingangs erwähnten Situationen des "Beweismittelbetruges", des "Prozeßbetruges", die Fälle einer "mittelbar bezweckten

---

273) NJW 1966 S. 1525

274) Wird der Bestimmung des § 817 S. 2 BGB ein "Strafcharakter" abgesprochen - so aber Cramer S. 213 Fußn. 52 - und der Grund dieser Bestimmung lediglich in der Versagung des Rechtsschutzes für eine sachlich an sich gerechtfertigte Korrektur der Vermögenslagen gegenüber, die außerhalb von Recht und Sitte geschaffen wurden, so Lenckner JZ 1967 S. 105(109), ist jedenfalls ein wirtschaftlicher Wert des Zurückforderungsbegehrens nicht feststellbar, wenn die Rückzahlung verweigert wird, Lenckner a.a.O. S. 110, insoweit übereinstimmend Cramer S. 98 und JuS 1966 S. 472(476), Schröder JR 1966 S. 471 f.

275) Dies rügen Cramer JuS 1966 S. 472 (476), Schröder JR 1966 S. 471 f.

276) auch das eigenmächtige Durchsetzen einer unvollkommenen Verbindlichkeit, Nagler in LK 6.7.Aufl. Vorbem. II 3 a vor § 249: "Klaglose Forderungen (unvollkommen oder Naturalobligationen) sind erfüllbar... und daher trotz ihrer rechtlichen Unvollkommenheit Vermögensbestandteile.

Anspruchsbefriedigung", das Abschwindeln oder Abnötigen eines Wechsels oder abstrakten Schuldanerkenntnisses für eine fällige Forderung, also eine Vielzahl der problematischen Sachverhalte - sind einer umfassenden strafrechtlichen Würdigung nur über das Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" zugänglich. Dies verkennt auch nicht die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre, deren Repräsentanten FRANK [277] und NAGLER [278] sich eingehend mit Bedeutung und Inhalt der Rechtswidrigkeit der Bereicherung beschäftigen.

(2) Die neueren rechtlich-wirtschaftlichen Vermögenslehren

Gleiches müßte für die neueren Varianten eines rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriffs, nach denen die tatsächliche Verfügbarkeit über ein wirtschaftliches Gut im Rahmen des Rechts genügt, gelten. Wenn auch die hier untersuchte Frage teilweise nur andeutungsweise angeschnitten ist, ist jedenfalls aufgrund der Stellungnahmen SAUERS [279], LANGES [280], GALLAS [281] und GUTMANNS [282] die Feststellung berechtigt, daß an einer selbständigen Bedeutung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung festgehalten wird. Verwunderlich ist dies nicht. Schließlich dient der rechtlich-wirtschaftliche Vermögensbegriff der Eingrenzung des Schutzobjektes der Vermögensdelikte und in diesem Zusammenhang insbesondere der Aussonderung des widerrechtlichen Besitzes und der "Ansprüche" aus unsittlichen oder verbotenen Rechtsgeschäften aus dem Schutzbereich der Vermögensdelikte [283]. Demnach wird in den hier interessierenden Fällen meist ein Vermögensschaden nicht in Abrede gestellt. Das Bezahlen einer

---

277) § 253 IV, § 263 VII 3

278) in LK 6.7.Aufl. Vorbem. VI vor § 249

279) S. 93

280) in Kohlrausch-Lange § 253 VIII, § 263 VI 1

281) in Eb.-Schmidt-Festschrift (1961) S.401(425 Fußn. 67)

282) in MDR 1963 S. 3 ff., 91(94/95 Fußn. 50, 51)

283) vgl. Gallas in Eb.-Schmidt-Festschrift (1961) S. 401 (427 und 409/410)

schwer beweisbaren Schuld kann zu einem Vermögensnachteil führen [284]. Wer Waren aus der Hand gibt und dafür von einer schwer beitreibbaren Geldschuld befreit wird, wird geschädigt [285]. In diesen und den problemverwandten Fällen wird die Frage der Rechtswidrigkeit der Bereicherung akut. Die eigene Funktion einer Rechtswidrigkeit der Bereicherung wird nicht verschwiegen, sondern von einigen Verfechtern eines rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriffs hervorgehoben. Nach einer Aussage GUTMANNS [286] ist die Rechtswidrigkeit der Bereicherung die dritte "Säule" (neben dem Vermögensschaden und dem Angriff auf die Verfügungsfreiheit des Opfers), auf der der Unrechtskern des Betruges beruht. In einem von GALLAS [287] gebildeten Beispiel ermöglicht allein die Berücksichtigung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung eine befriedigende Lösung: Verschafft sich der Eigentümer den Besitz der gestohlenen Sache durch Täuschung des zwar reellen, dem Eigentümer gegenüber aber unrechtmäßig Besitzenden [288], fehlt die Rechtswidrigkeit der Bereicherung.

An einer selbständigen Bedeutung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung dürften demnach unter Zugrundelegung eines rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriffs keine Zweifel bestehen. Nur doch werden diese genährt durch die Stellungnahmen FRANZHEIMS [289] und CRAMERS [290].

(3) Die Ansicht Franzheims und Kritik

FRANZHEIMS [291] [illegible], in den vom Reichsgericht [292] und vom Bundesgerichtshof [293] entschiedenen Fällen eines "Tausch-

---

284) Gutmann MDR 1963 S. 3 ff., 91 (94/95)

285) Sauer S. 93 unter Hinweis auf RGSt 57, 370, vgl. auch Gutmann MDR 1963 S. 3 ff., 91 (94, Fußn. 51), der von [illegible] - Befriedigung durch Aufrechnung - [illegible]

286) MDR 1963 S. 3 ff., 91 (95 Fußn. 51)

287) In: [illegible] S. 401 (407 Fußn. [illegible]) S.B. hat eine unbekannte abhandengekommene Sache in gutem Glauben von einem Vermögenslosen gekauft, so daß wegen § [illegible] I BGB meist kein Eigentum erworben wird

289) GA 1960 S. 269 (273 Fußn. 31a)

290) S. 158 Fußn. 210

291) [illegible] v. 31.5.1942 - 4 D 1[illegible]/41 - mitgeteilt von Hartung NJW 1953 S. 552 (553)

292) BGHSt 3, 160

betruges" zur Durchsetzung eines begründeten Anspruches sei auf der Grundlage der juristisch-ökonomischen Theorie nicht die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils, sondern das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens zu verneinen. Zu diesem überraschenden Ergebnis gelangt FRANZHEIM auf Umwegen. FRANZHEIM setzt sich mit der Frage auseinander, ob der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 23.9.1955 [293] den Boden der wirtschaftlichen Vermögenstheorie verlassen hat. In diesem Erkenntnis hatte der Bundesgerichtshof ohne nähere Untersuchung einer Vermögensbeschädigung die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils verneint, wenn aufgrund einer Täuschung ein Vertragspartner einen niedrigeren als den vereinbarten kartellgebundenen Festpreis bezahlt, dieser jedoch dem angemessenen (kartellfreien) Preis entspricht oder ihn übersteigt. Die Besonderheit dieses Falles lag darin, daß der Vertrag, der mit dem kartellangehörigen Lieferer verbotswidrig zu kartellgebundenen Festpreisen und unter Marktausschlußabreden abgeschlossen war, nach Ansicht des Bundesgerichtshofes nicht nach § 134 BGB im Ganzen nichtig ist, sondern nur insoweit, als der Vertrag durch das Verbot betroffen wird. Demnach besteht ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises nur in der Höhe, die ohne die wettbewerbsbeschränkende Abrede angemessen wäre. FRANZHEIM führt nun den Nachweis, daß die Verschaffung der Kaufsache zu einem - freilich angemessenen - Preis, zu dem der Lieferer die Kaufsache nicht abgegeben hätte, nach einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise einen Vermögensschaden begründe [294]. Der Lieferer hätte bei Streitigmachen des

---

293) BGHSt 8, 221

294) vgl. hierzu auch Schultz SchwZStR 74 (1959) S. 257 (275). - Die Auffassung Langes in ZStW 68 (1956) S. 599 (645), der BGH habe sich mit BGHSt 8, 221 von der rein wirtschaftl. Vermögenstheorie abgewandt, findet in dem Urteil selbst keine Stütze. Wenn der BGH a.a.O. die Rechtswidrigkeit der Bereicherung verneint, geht der BGH implizite von einer logisch vorrangigen Vermögensbeschädigung aus

überhöhten kartellgebundenen Festpreises einen Zivilprozeß nicht zu fürchten brauchen, da die Kartellabrede nur schwerlich zu beweisen gewesen wäre. Daher liege diesem Sachverhalt die gleiche Problematik zugrunde wie den erwähnten Urteilen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes zum Prozeßbetrug [295]. Wenn LANGE [296] vom Standort der juristisch-ökonomischen Vermögenstheorie für die erörterte Entscheidung BGHSt 8, 221 einen Vermögensschaden ablehne, müsse Gleiches für die Fälle des Prozeßbetruges zur Durchsetzung eines begründeten Anspruches gelten. Hier irrt FRANZHEIM. LANGE [297] hat zu der Entscheidung BGHSt 8, 221 durchaus konsequent vom Ausgangspunkt eines rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriffs klargestellt, daß die verbotene Überpreisforderung keinen rechtlichen Bestand habe und daher als Vermögensbestandteil ausscheide. Diese Situation deckt sich entgegen FRANZHEIM aber nicht mit dem Sachverhalt des Prozeßbetruges zur Realisierung einer begründeten Forderung. In diesem Fall steht eine vom Recht mißbilligte Vermögenslage des Schuldners - wie zum Beispiel in der Entscheidung BGHSt 8, 221 - gar nicht auf dem Spiel. Die Argumentation FRANZHEIMS überzeugt daher nicht.

(4) Die materiale Vermögens- und Schadenstheorie und Kritik

Wesentlich ernster zu nehmen sind die Einwendungen CRAMERS [298] gegen eine selbständige Bedeutung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung. Zum Verständnis dieser Feststellung ist auf die materiale Vermögenstheorie CRAMERS

---

295) Nachw. in Fußn. 291 und 292

296) in ZStW68(1956) S. 599 (645), Kohlrausch-Lange § 263 V 1 c, V 2 b a.E.

297) deutlich in Kohlrausch-Lange § 263 V 2 b a.E., ebenso Schultz SchwZStR 74 (1959) S. 257(270)

298) S. 156 ff., insbes. 158 Fußn. 210

näher einzugehen. Der "materiale Vermögensbegriff" erfaßt "alle wirtschaftlich wertvollen Güter, die eine Person unter Billigung der rechtlichen Güterzuordnung innehat" [299]. Aufgrund dieser Begriffsbestimmung des Vermögens kann CRAMER [300] auf eine prinzipielle Übereinstimmung mit den neueren Spielarten der rechtlich-wirtschaftlichen Vermögenslehren [301] hinweisen, die insbesondere SAUER, LANGE, FRANZHEIM, WELZEL und FOTH vertreten. Interessant ist aber die aus dieser Begriffsbestimmung abgeleitete Folgerung CRAMERS [302]: "Als Vermögensschaden" ist "jede Einbuße an wirtschaftlichen Werten zu verstehen, die im Widerspruch zur Rechtsordnung steht". Wird diese Aussage akzeptiert, ist überzeugend darzulegen, daß das Vermögensstrafrecht die eigenmächtige Realisierung einer fälligen begründeten Forderung nicht als Vermögensschädigung werten kann [303]. In gleicher Weise wären die problemverwandten Fälle zu behandeln. Das Vermögen des Schuldners wird nicht vermindert, wenn er über die geschuldete Leistung einen Wechsel ausstellt oder ein abstraktes Schuldanerkenntnis abgibt [304]. Die Verschaffung eines Schuldscheins für eine bestehende Forderung oder einer Quittung für eine getilgte Schuld führt auch dann nicht zu einem Vermögensschaden, wenn das deklaratorische Beweismittel durch Täuschung oder Nötigung erlangt ist. Zum Prozeßbetrug zwecks Erreichung eines der materiellen Rechtslage entsprechenden Urteils hat CRAMER [305] nicht Stellung genommen. Aufgrund der eingehenden Ausführungen zum Beweismittelbetrug [306] ist

---

299) Cramer S. 100

300) S. 100 Fußn. 182

301) Nachw. in Fußn. 252

302) S. 100

303) vgl. Cramer S. 110 und JuS 1966 S. 472(476). Dies gilt auch für die eigenmächtige Durchsetzung einer in ihrer Realisierung unsicheren Forderung

304) Cramer S. 153, 154

305) S. 166 f.

306) Cramer S. 156 ff.

jedoch leicht zu schließen, daß auch hier eine im Widerspruch zur Rechtsordnung stehende Vermögensminderung nicht festgestellt werden kann. Mit gleicher Begründung wäre ebenfalls der durch das Bundesgerichtshofsurteil vom 16.4.1953 [307] entschiedene Fall - Befriedigung durch Aufrechnung - zu lösen. Die rechtlich zulässige Aufrechnung kann nicht zu einem "materialen" Schaden führen [308].

Nach einer materialen Vermögens- und Schadenstheorie verbleibt der Rechtswidrigkeit der Bereicherung kein selbständiger Anwendungsbereich. Die ehemals diesem Begriff zugedachte Funktion wird aufgesogen in dem Vermögens- und Schadensbegriff [309].

Eine kritische Betrachtung dieses Ergebnisses muß bei den Grundthesen der materialen Vermögenstheorie einsetzen. Diese lauten bekanntlich: 1. Das Vermögen bilden die wirtschaftlich wertvollen Güter, die eine Person unter Billigung der rechtlichen Güterzuordnung innehat. 2. Der Vermögensschaden ist folglich jede Einbuße an wirtschaftlichen Werten, die im Widerspruch zur Rechtsordnung steht. Die zweite Aussage über Inhalt und Umfang des Vermögensschadens scheint sich ohne Bruch in der Gedankenführung aus dem zugrundegelegten rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriff zu ergeben. Indes stellen sich bei näherem Zusehen erhebliche Bedenken ein.

Es fragt sich nämlich, ob beide Aussagen, wie vorgegeben wird, ein gemeinsames Prinzip vereinigt. Dieses Prinzip könnte nur sein: Immer dann, wenn ein wirtschaftlich wertvolles Gut als Vermögensbestandteil anerkannt ist, ist der

---

307) BGH NJW 1953 S. 1479 = LM Nr. 26 zu § 263

308) Cramer behandelt diesen Fall nicht. Lediglich in Fußn. 212 auf S. 159 findet sich ohne Erläuterung ein Hinweis auf RGSt 77, 184

309) Cramer S. 158 Fußn. 210, ders. JuS 1966 S. 472 (476): "Nur die in rechtswidriger Bereicherungsabsicht verursachte Schadenzufügung ist tatbestandsmäßig".

Verlust oder die Beeinträchtigung dieses Gutes zugleich ein Vermögensschaden. Eine derart innere Abhängigkeit besteht jedoch nicht in allen Fällen. Dies zeigt instruktiv ein Beispiel aus dem Bereich des strafrechtlichen Besitzschutzes: Einem Eigentümer wird eine Sache abgenötigt. In diesem Fall wird freilich nicht das Eigentum, sondern lediglich der Besitz übertragen. Faktisch wird das Eigentum aber preisgegeben [310] und mithin ein vom Recht gebilligter Vermögensbestandteil aufgeopfert. Ein Vermögensschaden scheint damit, falls die Aussagen der materialen Vermögenstheorie zum Vermögens- und Schadensbegriff ein gemeinsames Prinzip vereinigt, ausnahmslos feststellbar. Indes trügt dieser Glaube. Nötig ist es nämlich, des weiteren danach zu differenzieren, wer den Eigentümer zur Herausgabe der Sache nötigt. Ist dies ein Nichtberechtigter, ist zweifellos der Tatbestand eines Vermögensdeliktes erfüllt. Erlangt der obligatorisch Berechtigte die geschuldete Sache durch Nötigung des zur Übereignung Verpflichteten, entfällt nach der materialen Vermögenstheorie der Schaden, da die wirtschaftliche Vermögenseinbuße nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung steht [311].

Im Ergebnis entscheidet CRAMER den gebildeten Fall ebenso wie die Vertreter der wirtschaftlichen Vermögenstheorie, die das Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" ablehnen. In diesem Zusammenhang geht es aber nicht um die Feststellung übereinstimmender Fallösungen unter Zugrundelegung einer materialen oder wirtschaftlichen Vermögenstheorie [312], sondern um den Nachweis, daß die untersuchten Grundthesen der materialen Vermögenstheorie

---

310) Cramer S. 230 in Anlehnung an Gallas in Eb.-Schmidt-Festschrift (1961) S. 401 (423)

311) Denn Schulderfüllung bedeutet keinen Schaden, Cramer S. 109/110

312) Der Vorwurf Cramers S. 100 Fußn. 183 gegen Schröder, der Kreis der geschützten Güter und der möglichen Schadenssituationen würden sich nicht decken, trifft in gleicher Weise die materiale Vermögenstheorie

zum Vermögens- und Schadensbegriff in Wahrheit eng miteinander verbundene, aber nicht innerlich voneinander abhängige Aussagen beinhalten. Die Anerkennung eines wirtschaftlich wertvollen Gutes als Vermögensbestandteil besagt, daß möglicherweise der Verlust oder die Beeinträchtigung dieses Gutes einen Vermögensschaden darstellt. Die Schadensfrage ist selbständig anhand einer normativen Wertung zu untersuchen. Die materiale Vermögenstheorie CRAMERS [313] ist letztlich eine rechtlich-wirtschaftliche Vermögenstheorie und eine rechtlich-wirtschaftliche Schadenstheorie. Aus der Definition des materialen Vermögensbegriffs folgt nicht die Aussage über Inhalt und Umfang des Vermögensschadens, wie CRAMER [313] stillschweigend anführt.

Eine völlige inhaltliche Übereinstimmung beider Aussagen ließe sich nur dann feststellen, wenn bei der Eingrenzung des Schutzbereichs der Vermögensdelikte anhand rechtlicher Kriterien zugleich die konkrete Täter-Opfer-Beziehung berücksichtigt werden kann. Die Argumentation würde dann folgendermaßen zu führen sein: Der strafrechtliche Vermögensschutz ist generell dem zur Übereignung einer Sache Verpflichteten gegen vermögensmindernde Beeinträchtigungen durch Täuschung oder Nötigung zu gewähren, aber nicht (im Einzelfall) gegenüber vermögensmindernden Eingriffen des obligatorisch Berechtigten. Für die Begriffsbestimmung des Vermögens hieße das: Das Vermögen bilden die wirtschaftlich wertvollen Güter, die eine Person unter Billigung der rechtlichen Güterzuordnung innehat und zu deren Übertragung im Verhältnis zum Täter keine Rechtspflicht besteht. Die Folgen sind leicht aufzuzeigen: Der Schutzbereich der Vermögensdelikte würde seine klaren Konturen verlieren. Inhalt und Umfang des Vermögens wären nicht sicher zu bestimmen. Die materiale Vermögenstheorie geht freilich auch nicht diesen Schritt. Ihre Aussagen zum Vermögens- und Schadensbegriff sind also nicht deckungsgleich.

---

313) S. 100

Vielmehr wird eine Vermögensbeschädigung in zwei Schritten geprüft: Gehört das verletzte oder beeinträchtigte wirtschaftlich wertvolle Gut zum Vermögen im Sinne der Vermögensdelikte? Und: Ist die Einbuße an wirtschaftlichen Werten ein Vermögensschaden? Nun ist jedoch nicht zu leugnen, daß die Festlegung des Vermögensschadens vom Verständnis des Vermögensbegriffs abhängt[314]. Die oben erörterten rechtlich-wirtschaftlichen Vermögenslehren gelangen insoweit auch zu einwandfreien Resultaten: Ist ein wirtschaftlicher Wert für das Vermögensstrafrecht nicht existent, ist von vornherein eine relevante Vermögensbeschädigung ausgeschlossen. Die Gegenprobe in der Terminologie der materialen Vermögenstheorie zeigt ein überraschendes Ergebnis. Exemplifiziert wird dies wieder an einem Fall des strafrechtlichen Besitzschutzes: Dem unredlichen (und unrechtmäßigen) Besitzer wird die gestohlene Sache abgelistet oder abgenötigt. Unter Zugrundelegung des materialen Vermögensbegriffs ist der unredliche Besitz von strafrechtlichen Vermögensschutz ausgenommen[315]. Der materialen Vermögenstheorie ist zwar zuzugeben, daß damit ein Bedürfnis zur Prüfung eines Vermögensschadens nicht mehr besteht [316]. Wird

---

314) vgl. Cramer S. 67

315) Nicht ausgeschlossen ist freilich ein Vermögensdelikt zum Nachteil des wahren Berechtigten, vgl. Cramer S. 226 f., Gallas in Eb.-Schmidt-Festschrift (1961) S. 401 (472 Fußn. 73), Lenckner JZ 1967 S. 105 (107 Fußn. 14). - Dem widerrechtl. Besitz wird in RGSt 19, 186(190 a.E.) der Vermögensschutz mit der Begründung versagt, der Delinquent erwerbe aus dem Delikt keine Vermögens r e c h t e (Hervorhebung im RG-Urteil

316) Cramer S. 115: Von einem Vermögensdelikt könne nur gesprochen werden, wenn der deliktische Eingriff ein Gut betrifft, das dem Opfer unter Billigung der materialen Güterordnung zusteht

diese Einlassung einmal vernachlässigt, dürfte ein Vermögensschaden in der Terminologie der materialen Theorie nicht feststellbar sein, soweit die Aussagen zum Vermögens- und Schadensbegriff ein gemeinsames Prinzip von verschiedenen Seiten erhellen. Hier wird nun die gleiche Differenzierung notwendig, die bei der Untersuchung der erlisteten oder abgenötigten Herausgabe eines rechtlich gebilligten Vermögensbestandteils vorzunehmen ist. Erlangt ein Nichtberechtigter die Sache durch Täuschung oder Nötigung, wäre nach der Definition der materialen Theorie ein Vermögensschaden zu bejahen (und nach dieser Aussage allein aus einem Vermögensdelikt zu bestrafen). Verschafft sich der Eigentümer die gestohlene Sache in geschilderter Weise, ist ein Vermögensschaden bekanntlich nicht ersichtlich. Diese Überlegung [317] zeigt nun abermals, daß die auf den ersten Blick inhaltlich gleichlautenden Aussagen der materialen Theorie zum Vermögens- und Schadensbegriff nicht ein- und dasselbe Prinzip beschreiben.

Geht es um die Frage, ob der in Selbsthilfe seinen Anspruch verwirklichende Gläubiger wegen des Zieles seiner Handlung, das im Einklang mit der Rechtsordnung steht,

---

317) zu dem oben behandelten Beispiel ist der Einwand zu erwarten - und so verfährt schließlich auch die materiale Vermögenstheorie, vgl. vorstehende Fußn. 316 -, mit Aussonderung eines Realwertes aus dem strafrechtlichen Vermögensschutz verbiete sich die Prüfung eines Vermögensschadens, da mit Fehlen eines tauglichen Angriffsobjekts eine Vermögensbeschädigung nicht mehr in Betracht komme. Damit wird aber zugestanden, daß der Vermögens- und Schadensbegriff nicht auf ein- und demselben Prinzip beruhen. Die Folgerungen müßten nämlich unter Beachtung jeder Aussage für sich gleich sein: 1. Zuordnung zum Vermögen - Verlust oder Beeinträchtigung bedeutet Schaden und 2. Aussonderung aus dem Vermögen - relevante Vermögensbeschädigung nicht denkbar. Daß dem nicht so ist, zeigt oben der Text.

nicht aus einem Vermögensdelikt zu bestrafen ist, entscheidet die materiale Vermögenstheorie dieses Problem anhand des Merkmals der Vermögensbeschädigung [318]. Der materiale Schadensbegriff kann in der Tat diese Aufgabe erfüllen, weil er normativ bestimmt ist und neben wirtschaftlichen auch rechtliche Gesichtspunkte enthält. Da aber, wie im Vorhergehenden dargelegt ist, der materiale Schadensbegriff sich nicht als inhaltliches Pendant zum materialen Vermögensbegriff ausgeben läßt, ist konsequenter, die Problematik eigenmächtiger Anspruchsdurchsetzung an anderer Stelle anzusiedeln, nämlich bei dem Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" [319].

Mit dieser Stellungnahme wird nicht einer extrem wirtschaftlichen Vermögenstheorie das Wort gesprochen. Der eigene Standpunkt läßt sich vielmehr wie folgt umreißen. Berechtigt ist, illegal besessene Wirtschaftswerte aus dem Schutzbereich der Vermögensdelikte auszunehmen. Dies gebietet der Grundsatz der Einheit des Rechts. Insoweit sind die Grenzen des Rechtsguts Vermögen unter Beachtung rechtlicher Gesichtspunkte abgesteckt. Übereinstimmung besteht insofern auch noch mit der materialen Vermögenstheorie. Nicht angängig ist jedoch, ein Merkmal des gesetzlichen Deliktstatbestandes zusätzlich an Widerspruch oder Einklang zur Rechtsordnung

---

318) Ausgenommen sind allerdings die (seltenen) Fälle, in denen der dinglich Berechtigte die Sache dem unredlichen Besitzer ablistet oder abnötigt. Hier fehlt nach der materialen Vermögenstheorie und im übrigen nach den verschiedenen rechtlich-wirtschaftl. Vermögenslehren bereits ein schutzbedürftiges Vermögensgut, vgl. Cramer S. 225, Frank § 263 V 3 c, Gallas in Eb.-Schmidt-Festschrift (1961) S. 401 (426, 427), Lenckner JZ 1967 S. 105 (108 Fußn. 20), Nagler in LK 6.7.Aufl. Vorbem. II 4 a vor § 249, Sauer S. 90, Welzel § 54 I 4 a -S.373-, für diesen Sachverhalt trotz (unverständlicher) genenreller Anerkennung des fehlerhaften Besitzes als Vermögensbestandteil auch Kohlrausch-Lange § 263 V 1 c a.E.

319) im Ergebnis übereinstimmend Schönke-Schröder § 263 Anm. 63 b

zu orientieren. Diese Doktrin überzeugt nicht. Die strafrechtliche Ahndung eines tatbestandlich gefaßten Handlungs- und Erfolgsunwerts wäre nicht sichergestellt. Dies mag ein freilich für das geltende Recht obskures Beispiel verdeutlichen. Tötet jemand zur Befriedigung eines brennenden Rachegelüstes den zum Tode Verurteilten unmittelbar vor Vollzug der Henkerstätigkeit, würde einigermaßen befremden, einen Erfolgsunwert zu verneinen, da die Tötung von der Rechtsgemeinschaft gebilligt und ein Widerspruch zur Rechtsordnung [320] insofern nicht feststellbar sei. Letztlich läuft die kritisierte Doktrin - und dieses Bedenken muß ebenso schwer wiegen - auch auf die Aufgabe der Rechtfertigungslehre in der herkömmlichen Gestalt hinaus. Die durch Notwehr gedeckte Tötung wäre nicht tatbestandsmäßig, da diese nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung steht. Die Reihe dieser Beispiele ließe sich beliebig verlängern. Die hier kritisierte Doktrin kann nicht der allerdings umstrittenen Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen [321] zur Seite gestellt werden. Jene Lehre faßt die anerkannten Rechtfertigungsgründe als negative Tatbestandsmerkmale auf und postuliert nicht: Nur die im Widerspruch zur Rechtsordnung stehenden einzelnen Merkmale des Delikts sind Tatbestandsmerkmale. Die hier zur Debatte stehende Doktrin müßte für jedes einzelne Tatbestandsmerkmal, das im Einzelfall im Einklang mit der Rechtsordnung stehen kann, einen Katalog erarbeiten, wann ein Widerspruch zur Rechtsordnung vorliegt und wann nicht. Die erörterte Doktrin ist abzulehnen. Der entscheidende Gesichtspunkt ist nämlich: Nur dort, wo in den gesetzlichen Tatbestand das Merkmal "rechtswidrig" im Zusammenhang mit einem Tatbestandselement

---

320) Um dem Einwand zu begegnen, die Tötung widerspreche der Rechtsordnung, weil etwa im letzten Moment eine Begnadigung ausgesprochen werden könnte (freilich ebenso obskur), kann der Beispielsfall insofern abgewandelt werden, daß der Täter infolge einer List die Rolle des Henkers übernimmt und insoweit kontrollierbarer Befehlsempfänger zwecks Ausführung der Begnadigung wäre

321) vgl. die Darstellung und Kritik bei Jescheck § 25 III -S.170- ff.-, Maurach AT § 37 I E -S.465-,Schmidhäuser 9/8 -S.228-, Wessels § 3 II 3 -S.17f.-, jeweils m.w.N.

aufgenommen ist, ist deutlich angezeigt, daß ein im Einklang mit der Rechtsordnung stehender Erfolg das Strafbarkeitsurteil nicht begründet, und ist eine Prüfung unter dem Gesichtspunkt des Einklangs oder Widerspruchs zur Rechtsordnung berechtigt. Diese Funktion übernimmt in dem Betrugs- und Erpressungstatbestand der Begriff der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung".

Damit schließt sich der Kreis der Überlegungen. Die rechtlich-wirtschaftlichen Vermögenslehren können auf das Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" nicht verzichten. Die materiale Vermögenstheorie könnte es auch nicht, würde sie nicht eine rechtliche Begrenzung durch Betonung des Widerspruchs zur Rechtsordnung in denBegriff des Vermögensschadens hineinlesen. Der materiale Schadensbegriff muß jedoch auf erhebliche Bedenken stoßen, die nicht ausgeräumt werden können.

ee) Dynamische Vermögenstheorie

ESER [322] vertritt einen "dynamischen" Vermögensbegriff. Danach umfaßt das Vermögen nicht nur statisch den bereits vorhandenen Vermögensbestand, sondern dynamisch auch den Vermögenszuwachs. In den Vermögensschutz ist folglich auch die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit einbezogen, deren Beeinträchtigung freilich anhand objektiver Kriterien festzustellen ist [323]. Der dynamische Vermögensbegriff bringt eine Erweiterung gegenüber dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff, der die "Vereitelung des Reicherwerdens" nicht erfassen kann [324].

Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung verliert nach der

322) in GA 1962 S. 289 ff. (insbes. 295 f.)

323) vgl. dazu die Fallgruppen in GA 1962 S. 289 (297)

324) vgl. auch BGH NJW 1961 S. 1876 (1877), anders zum sogen. "lucrum cessans" Nagler in LK 6.7.Aufl. Vorbem. IV 4 a vor § 249

dynamischen Vermögenslehre nicht ihre eigene Funktion. An einem Vermögensschaden wird meist nicht zu zweifeln sein. So kann das Abnötigen der Leistung auf eine (zum Beispiel schwer erweisliche) Forderung die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit beeinträchtigen.
In diesen und den problemverwandten Fällen muß das Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" Berücksichtigung finden.

b) Prinzip des Schadensausgleichs

Die Untersuchung hat gezeigt: Unabhängig vom Standort innerhalb der verschiedenen Vermögenstheorien verbleibt der Rechtswidrigkeit der Bereicherung ein eigener Anwendungsbereich. Gegen den materialen Schadensbegriff, der unter anderem auch zur Lösung der hier interessierenden Problematik eigenmächtiger Anspruchsdurchsetzung beitragen soll, sind durchgreifende Bedenken erhoben worden. Ein Umstand bedarf jedoch noch der Durchleuchtung. Des öfteren findet sich trotz genereller Anerkennung einer selbständigen Bedeutung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung der Hinweis, die eigenmächtige Anspruchsverwirklichung führe nicht zu einem Vermögensschaden, da mit der Schuldbegleichung der Verpflichtete von der Verbindlichkeit

befreit werde [325]. Insoweit fragt sich, welches Bewertungsprinzip dieses Resultat ermöglicht. Dem Zivilrecht kann es nicht entnommen sein. Zwar besagt § 362 BGB, daß mit Bewirken der geschuldeten Leistung an den Gläubiger das Schuldverhältnis erlischt. Leistungsbewirken und Schulderlöschen sind Synonyme und regeln einen rechtlichen Vorgang einheitlich: der Gläubiger kann nicht mehr fordern, der Schuldner braucht nicht mehr zu leisten. Ob wirtschaftlich das Erbringen der Leistung und das Freiwerden von der Verbindlichkeit gleichwertig sind, interessiert das Zivilrecht nicht. Daß aber das Vermögensstrafrecht dem Schutz wirtschaftlicher Werte dient, wird von allen Vermögenslehren

---

325) Einen Vermögensschaden verneinen RGSt 1, 318; 11, 155(156); 64, 433 (435 f.) - Beweismittelbetrug-; RG JW 1923 S. 403 Nr. 53 m. Zust. Anm. Doerr; Bayr-ObLGSt 1955, 3(7), SchwBGE 74 IV 92 (94); im Schrifttum Bockelmann in Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (370) - zur Kritik oben S. 54 ff.-, Cramer S. 110, ders. JuS 1966 S. 472(476), (beiläufig) Herzberg MDR 1972 S. 93(94 Fußn. 13), Kohlrausch-Lange § 263 V 2 c, (differenzierend) Sauer S. 87, Welzel § 54 I 4 b -S.375- und NJW 1953 S. 652. - Von den durch Welzel a.a.O. S. 375 in Bezug genommenen Urteilen verneinen RGSt 77, 184 = DR 1944 S. 154, BGHSt 3, 160(162), OLG Bremen NJW 1962 S. 2314(2315) die Rechtswidrigkeit der Bereicherung oder die hierauf gerichtete Absicht; andere Erkenntnisse - RGSt 64, 342 (344), BGH NJW 1953 S. 1479 = LM Nr. 26 zu § 263, BGHSt 20, 136 - betonen, daß ein Vermögensschaden und eine rechtswidrige Bereicherung nicht vorliegen. BGH GA 1966 S. 52 (53) erörtert die Frage des Vermögensschadens nicht, obwohl die Rechtswidrigkeit der Bereicherung abgelehnt wird. Nach dem Betrugsaufbau ist aber die Untersuchung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung zunächst von der Bejahung des Vermögensschadens abhängig, vgl. BGHSt 19, 206 (216), Franzheim GA 1960 S. 269 (272). Der richtige Gedanke in BGH GA 1966 S. 52 (53) ist folgender: Ist ein Vermögensschaden zweifelhaft, ist eine nähere Untersuchung entbehrlich, wenn bei unterstellter Vermögensbeschädigung die Rechtswidrigkeit der Bereicherung fehlt. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Begr. E 62 S.424 zu §252 (Betrug). Dort wird ausgeführt, das Gesetz könne auf das Merkmal "widerrechtlich" nicht verzichten, da mindestens im Schrifttum nicht gesichert erscheine, daß die unfreiwillige Tilgung einer fälligen Schuld kein Vermögensnachteil und die Befriedigung des Gläubigers auf diese Weise keine Bereicherung für diesen sei.

außer der juristischen Vermögenstheorie [326] angenommen und nur der Schutzbereich unterschiedlich eingegrenzt. Ebenso spielt für das bürgerliche Recht nicht immer eine Rolle, ob der Gläubiger den Leistungsgegenstand auch erhält. Zwar schuldet der Verpflichtete die Leistungshandlung und den Leistungserfolg. Dennoch wird bei Eingreifen der Gefahrtragungsregeln über die Preisgefahr der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit, obwohl der Leistungserfolg ausbleibt. Ein Beispiel ist der verabredete Versendungskauf (§ 447 BGB). Der Leistungsempfänger trägt die Preisgefahr und bleibt trotz Untergangs der Übereignungsverpflichtung zahlungsverpflichtet, wenn die Kaufsache an einen ordnungsgemäß ausgewählten Spediteur übergeben ist und den Adressaten nicht erreicht. Daneben stehen die Fälle des Schuldnerschutzes. Wegen § 808 BGB wird der Leistende von seiner Schuld befreit, der ohne grobe Fahrlässigkeit [327] an den formell legitimierten, aber materiell nichtberechtigten Sparkassenbuchinhaber zahlt. Ebenso befreit die Zahlung an den Überbringer einer Quittung, § 370 BGB [328]. Das Schuldrecht berücksichtigt andere Gesichtspunkte, wenn es die Schuldbefreiung anordnet (Leistungsbewirken ohne Beachtung wirtschaftlicher Gleichwertigkeit in § 362 BGB, Risikoverteilung in § 447 BGB, Schuldnerschutz in § 808 BGB), als den einer ausgewogenen Wertverschiebung zwischen Verpflichtetem und Berechtigtem.

Für das bürgerliche Recht ist die wirtschaftliche Gleichwertigkeit von Leistungsbewirken und Schulderlöschen

---

326) Binding I S. 240: "Juristisch bestimmen sich die Begriffe Vorteil und Nachteil anders als wirtschaftlich." - Die juristische Vermögenstheorie wird heute nicht mehr vertreten. Zur berechtigten Kritik vgl. Bockelmann in Probleme S. 226 (235), Cramer S. 37 f., Gallas in Eb. Schmidt-Festschrift (1961) S. 401 (407 f.), Maurach BT § 38 II 4 a -S.317 f.-

327) BGHZ 28, 368, Erman-Hense § 808, 2, Palandt-Thomas § 808, 2

328) instruktiv BayrObLG JR1965,26 m.Anm. Schröder

belanglos, kann es aber nicht für das Vermögensstrafrecht sein. Hieran ist die Bewertung als Nicht-Vermögensschaden auszurichten. Dies ist ohne weiteres einsehbar für die wirtschaftliche Vermögenstheorie, die den Vermögensschaden als Geldwertminderung des Gesamtvermögens auffaßt und diesen durch Saldierung positiver und negativer Vermögensposten gewinnt. So ergibt sich das Prinzip des Schadensausgleichs. Dieses Prinzip ist nicht allein von Bedeutung für die wirtschaftliche Vermögenstheorie. GUTMANN hebt hervor, daß nach gebotener rechtlicher Eingrenzung des Schutzobjektes [329] der Vermögensschaden sich als Verminderung des gegenwärtigen Potentials (der "Vermögenssubstanz") darstellt und ein "Verlust" durch einen unmittelbaren "Gewinn" kompensiert wird[330]. Ein Schadensausgleich wird demnach einmal von den Vermögenslehren anerkannt, die den rechtlich- wirtschaftlichen Vermögensbegriff so verstehen, daß "das Wirtschaftliche seine Substanz ausmacht, während das Rechtliche nur seine Begrenzung, nicht aber zugleich die Notwendigkeit einer bestimmten Formung der das Vermögen bildenden Güter bedeutet" [331]. Aber auch nach der Auffassung von GALLAS, der Betrug erweise sich "seinem unmittelbaren Angriffsobjekt nach als ein Delikt gegen das Vermögen in seinem konkreten Bestand, dem geschützten Interesse nach jedoch als ein Delikt, das auf Schmälerung des durch den Vermögensbestand repräsentierten wirtschaftlichen Potentials ('Gesamtgeldwert') gerichtet" [332] sei, ist unabdingbare Konsequenz, daß " eine dem preisgegebenen Vermögensrecht äquivalente Gegenleistung die Annahme von Betrug ausschließt" [333].

In diesem Zusammenhang ähnlich argumentiert NAGLER. Zwar

---

329) Gutmann MDR 1963 S. 3 (5)
330) Gutmann MDR 1963 S. 3 (4)
331) Lenckner JZ 1967 S. 105 (108)
332) Gallas in Eb.-Schmidt-Festschrift (1961) S.401(432)
333) Gallas a.a.O. S. 433

hält er die vom Reichsgericht entwickelte Gesamtwerttheorie für eine reine Fiktion, verneint aber eine Vermögensschädigung, wenn bei Aufgabe von Vermögenswerten für diese Vermögensminderungen der ausgleichende Gegenwert gleichzeitig gewährt worden ist [334]. Von hier aus ist verständlich, daß die Erfüllung einer bestehenden Verpflichtung nicht als Vermögensschaden angesehen wird [335].

Um das Bild abzurunden, sind zur Frage der Anerkennung des Prinzips des Schadensausgleiches noch die juristische und personale Vermögenstheorie zu behandeln. BINDING [336] ging von einem Additionsbegriff aus und wandte sich entschieden gegen jede "Amalgamierung" des Vermögens. Damit scheidet zwangsläufig ein Ausgleich von Vorteil und Nachteil aus [337]. Gleichwohl ist die eigenmächtig bewirkte Schuldbegleichung nur Rechtspflichterfüllung und kein Nachteil [338]. Die personale Vermögenstheorie entscheidet nicht einheitlich. Wie nachgewiesen ist [339], beachtet BOCKELMANN weniger wirtschaftliche Gesichtspunkte und stellt den Vermögensschaden anhand einer Abwägung der kollidierenden persönlichen Interessen fest. Unterschiedslos leugnet er

---

334) Nagler in LK 6.7.Aufl. Vorbem. IV 4 a) vor § 249 -S.361-

335) Nagler a.a.O. Vorbem. IV 4 e) B vor § 249 -S.369-. Wenn a.a.O. ein r e c h t l i c h e r Vermögensschaden (Hervorhebung vom Verfasser) gefordert wird, [illegible] allein wirtschaftliche Gesichtspunkte ausschlaggebend. Denn bei Nagler Vorbem. IV 4 a) vor § 249 -S.361- heißt es: "Der Schadensausgleich ist nach alledem für die Frage, ob die Minderung des Vermögensstandes r e c h t l i c h als Schaden anzusprechen ist, nur von Bedeutung, wenn der Eingriff selbst die Vermögensminderung durch Zuführung entsprechender Gegenwerte wettschlägt".

336) I S. 238, 341

337) Binding I S. 238

338) Binding I S. 362, 363, vgl. oben S. 44

339) vgl. oben S. 62 f.-

jedoch einen Vermögensschaden für die durch List oder Nötigung bewirkte Leistung auf eine begründete Forderung[340]. OTTO rückt ebenfalls den Schutz des Vermögens "als gegenständlich gewährleistete Potenz der Person im wirtschaftlichen Raum" [341] in den Vordergrund, betont aber stärker die schützenswerte rechtlich anerkannte Vermögensposition des Vermögensträgers über ein Vermögensgut. Demnach begründet schon die Beeinträchtigung dieser Vermögensposition den Schaden [342], ohne daß ein Schadensausgleich in Form einer Schuldbefreiung denkbar ist.
Die Mehrzahl [343] der strafrechtlichen Vermögenslehren muß das Prinzip des Schadensausgleichs beachten und befolgen. Das bedeutet: Sind die Leistungsbewirkung und die Schuldbefreiung wirtschaftlich gleichwertig, entfällt bereits der Schaden [344]. Diese Situation wird vorliegen, wenn die eigenmächtig verwirklichte Forderung in ihrem rechtlichen Bestand ungefährdet war und ohne Schwierigkeiten ordnungsgemäß durchsetzbar gewesen wäre [345]. Auf dieser Grundlage verstehen sich weitgehend die Stellungnahmen zu einer (wirtschaftlichen) Ausgewogenheit der Schuldberichtigung und

---

340) Bockelmann in Mezger-Festschrift (1954) S.363(370).- Ob diese Auffassung vom Standpunkt eines personalen Vermögensbegriffs aus haltbar ist, wurde oben S.62 ff. ff. bezweifelt.

341) Otto S. 80

342) Der Vermögensschaden wird weniger an einer Geldwertminderung gemessen, Otto S. 81, 223, vgl. hierzu auch Hardwig GA 1956 S. 6 (19 f.)

343) Die juristische Vermögenstheorie wird heute nicht mehr vertreten und bleibt daher unberücksichtigt. Nach der Auffassung Ottos ist ein Schadensausgleich nicht denkbar. Otto S. 218 ff. löst die Fälle eigenmächtiger Anspruchsdurchsetzung über das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Bereicherung

344) aber nur dann, unrichtig BayrObLGSt 1955 S. 3(7)

345) Mit diesem Gedanken lehnte das BayrObLG JR 1965 S. 26 einen Vermögensschaden ab, soweit der Käufer nach schuldbefreiender Zahlung an den falschen Boten (§ 370BGB) den Besitz an der Kaufware erhält und seinen Übereignungsanspruch ohne weiters verwirklichen kann. Vgl. auch BayrObLGSt 1957, 146: kein Schaden, wenn trotz fehlenden Erfüllungswillens die (Zech-)Schuld mit Sicherheit erzwungen werden kann.

Schuldbefreiung. Daß aber diese Konstellation meist gerade dann nicht gegeben sein wird, wenn der obligatorisch Berechtigte seinen Anspruch in Selbsthilfe durchsetzt, hat die Rechtsprechungsmeinung nicht übersehen [346]. Daher ist anders zu urteilen und eine Vermögensschädigung nicht in Zweifel zu ziehen, wenn es sich um die Verwirklichung einer in ihrem rechtlichen Bestand oder in ihrer wirtschaftlichen Realisierbarkeit unsicheren Forderung handelt. Dies gilt namentlich für den verjährten, wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung anfechtbaren, bedingten, verwirkten, schwer beweisbaren oder einredebehafteten Anspruch und für die unvollkommene Verbindlichkeit. In diesen Fällen ist bei eigenmächtiger Anspruchsrealisierung trotz Schulderlöschens ein Vermögensschaden unter Berücksichtigung einer Schadensausgleichung nicht abzulehnen und eine Untersuchung anhand des Merkmals der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" nötig.

Ein Bedenken bleibt bestehen. In einem neueren Erkenntnis hatte sich der Bundesgerichtshof [347] mit einer "Beweismittelerpressung" zu befassen und ausgesprochen, bei Verschaffung einer Quittung über die angebliche Tilgung nicht bestehender Forderungen fehle es an einem Vermögensschaden. Die entsprechenden Urteilssätze lauten: "Maßgebend ist vielmehr allein das mit der Handlung verfolgte Endziel. Entspricht es der Rechtsordnung, steht also die Durchsetzung oder Abwehr einer Forderung mit dem sachlichen Recht in

---

346) vgl. RGSt 4, 157 (158, 159); 7, 378; 11, 195 (196); 36, 157 (173); RG Rspr 5, 59(61), RG Rspr 5, 640(642), RG LZ 1915 S. 292 Nr. 29, BGHSt 3, 160(162), weitere Rspr.N. bei Hegler JW 1925 S. 1499 (1501), Rommel S. 94 ff., vgl. aus dem Schrifttum Meyer Archiv bürg. Recht 19 (1901) S. 38(39), Birch Krim 1962 S. 181 (182)
<u>a.A.:</u> RG JW 1923 S. 403 Nr. 53 m. zust. Anm. Doerr

347) BGHSt 20, 136

Einklang, so wird es nicht dadurch rechtswidrig, daß zu seiner Verwirklichung rechtswidrige Mittel angewendet werden (BGHSt 3, 160). Auch fehlt es, dann auf der Gegenseite an einem Vermögensschaden; denn der Gesamtwert des Vermögens wird nicht dadurch vermindert, daß sein Inhaber zur Erfüllung einer fälligen Verbindlichkeit veranlaßt oder an der Durchsetzung einer nicht bestehenden Forderung gehindert wird. Für die rechtswidrige Beschaffung eines solchen Mittels muß dasselbe gelten" [348]. Der Bundesgerichtshof glaubt, das Veranlassen zur Erfüllung einer fälligen Verbindlichkeit und die Hinderung an der Durchsetzung einer nicht bestehenden Forderung seien gleich strukturierte Sachverhalte und mithin gleich zu behandeln. Diese Feststellung ist ungenau. Die Realisierung eines fälligen Anspruches bedeutet auf der Grundlage der wirtschaftlichen Vermögenstheorie keinen Vermögensschaden, wenn Schuldberichtigung und Schulderlöschen in ihrem wirtschaftlichen Wert einander entsprechen (Prinzip des Schadensausgleichs) [349]. Anders liegt es, wenn die Durchsetzung einer nicht bestehenden Forderung verhindert wird. Wird in diesem Fall gleichwohl ein Vermögensschaden geleugnet - so der Bundesgerichtshof in der erörterten Entscheidung BGHSt 20, 136 ff. - kann dieses Ergebnis jedenfalls nicht auf das Prinzip des Schadensausgleichs gestützt werden. Gegeneinander aufwiegbare Vermögensposten stehen gerade nicht zur Debatte. Nach einer wirtschaftlichen Auffassung kann nämlich der Verzicht auf die Realisierung sein, wenn diese "Forderung" wegen der faktischen Aussicht auf Erfüllung dennoch wirtschaft-

---

348) BGHSt 20, 136 (137, 138)

349) Auf den Schadensausgleich hebt BGHSt 20, 136 zwar nicht expressis verbis ab. Jedoch gibt dieser Gesichtspunkt bei Festhalten an einem rein wirtschaftl. Vermögensbegriff eine tragfähige Grundlage, daß der Gesamtwert des Schuldnervermögens nicht vermindert wird

lichen Wert hatte [350]. In Wahrheit liegt daher der besprochenen BGH-Entscheidung insoweit ein rechtlich-wirtschaftlicher Vermögensbegriff zugrunde [351]. Hierauf weist zutreffend LENCKNER [352]. Das bedeutet: Eine etwa rein tatsächlich gegebene Aussicht auf Realisierung eines rechtlich nicht existenten Anspruches ist wegen Fehlens des Forderungsrechtes kein von der Rechtsordnung gebilligter Wirtschaftswert und kein schutzfähiges Angriffsobjekt eines Vermögensdeliktes. Ob allerdings der Bundesgerichtshof sich dieser Konsequenz einer Modifizierung eines wirtschaftlichen zu einem rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriff bewußt war, ist zweifelhaft. Eine durch die Entscheidung BGHSt 20, 136 eingeleitete grundsätzliche Neuorientierung des Vermögensbegriffs in der Rechtsprechungsmeinung wird kaum anzunehmen sein, wie auch CRAMER [353] einräumt. Aber selbst eine Schwenkung zu einem rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriff würde, wie aufgezeigt worden ist [354], der Rechtswidrigkeit der Bereicherung einen eigenen Anwendungsbereich belassen.

---

350) Dies wird zwar in den Urteilsgründen in BGHSt 20, 136 nicht mitgeteilt. Offenbar ging der Täter aber davon aus, daß er auf die rechtlich nicht existente "Forderung" zahlen müsse, wenn er sich - vorsorglich - Quittungen über die angebliche Tilgung der Nicht-Schuld verschaffte. - Daher liegt der Sachverhalt anders als in der Entscheidung OLG Hamburg NJW 1966 S. 1525. Dort hatte sich die Dirne dem rechtlich unbegründeten Zurückforderungsbegehren des Freiers bezüglich des bereits gezahlten Dirnenlohnes gewaltsam widersetzt und damit den Zurückforderungsbegehren jeglichen wirtschaftlichen Wert genommen, vgl. dazu Cramer JuS 1966 S. 472(476), Lenckner JZ 1967 S. 105 (106), Schröder JR 1966 S. 471 f.

351) Dies verschweigt Dreher § 253, 3 B a.E.

352) Lenckner JZ 1967 S. 105 (106). - Unrichtigerweise führt Cramer S. 161 das Urteil BGHSt 20, 136 als Bestätigung einer materialen Schadenslehre an. Diskutabel ist allein ein Bekenntnis des BGH a.a.O. zu einem rechtlich-wirtschaftl. Vermögensbegriff, vgl. Lenckner a.a.O. und oben den Text

353) S. 161

354) oben S. 65 ff.

5. Ergebnis

Am Ende einer dogmatischen und funktionellen Betrachtung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung stehen folgende Ergebnisse. Die Rechtswidrigkeit in § 263 sowie die Unrechtmäßigkeit in § 253 sind in Bezug zur Bereicherung zu setzen und erschließen sich allein in dieser Verbindung dem Verständnis. Wie eingehend unter Überprüfung der eingangs erwähnten Problemsachverhalte untersucht worden ist, kommt der Rechtswidrigkeit der Bereicherung eine eigene Funktion neben einem wie auch immer bestimmten Vermögensbegriff zu. Lediglich unter Anerkennung eines materialen Schadensbegriffs verbliebe der Rechtswidrigkeit der Bereicherung kein eigener Anwendungsbereich. Der materiale Schadensbegriff, der als Schaden im Rechtssinne die im Widerspruch zur Rechtsordnung stehende Einbuße an wirtschaftlichen Werten bezeichnet, vermag jedoch aus grundsätzlichen Erwägungen nicht zu überzeugen. Im Ergebnis gelangt die materiale Schadenslehre freilich zu befriedigenden Lösungen. Entscheidend ist aber nicht die Ausrichtung des Schadens an Einklang oder Widerspruch zur Rechtsordnung, sondern die gesetzliche Ausgestaltung des Delikttatbestandes. Nur dort, wo in den gesetzlichen Tatbestand das Merkmal "rechtswidrig" im Zusammenhang mit einem Tatbestandselement aufgenommen ist, ist deutlich angezeigt, daß ein im Einklang zur Rechtsordnung stehender Erfolg das Strafbarkeitsurteil nicht begründet, und ist eine Prüfung unter dem Gesichtspunkt des Einklangs oder Widerspruchs zur Rechtsordnung berechtigt. Diese Funktion übernimmt in dem Betrugs- und Erpressungstatbestand der Begriff der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung".

Allerdings darf nicht darüber hinweg getäuscht werden, daß im Einzelfall trotz genereller Anerkennung einer selbständigen Bedeutung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung bereits ein Vermögensschaden fehlen kann, wenn

die Erfüllung einer fälligen Forderung abgelistet oder abgenötigt wird. Dies gilt für die strafrechtlichen Vermögenstheorien [355], die das Prinzip des Schadensausgleichs beachten müssen und ihr Augenmerk somit auf die wirtschaftliche Ausgewogenheit von Schuldberichtigung und Schulderlöschen richten müssen. Außerdem wird in besonders liegenden Sachverhaltskonstellationen unter Zugrundelegung eines rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriffs die Problematik der Rechtswidrigkeit der Bereicherung nicht entstehen, da bereits ein schutzfähiges Angriffsobjekt eines Vermögensdeliktes entfällt. Beispiele sind die Hinderung an der Durchsetzung eines rechtlich nicht existenten Anspruches oder die Verschaffung der gestohlenen Sache von unrechtmäßig Besitzenden durch den dinglich Berechtigten infolge einer List oder Nötigung. In der Vielzahl der eingangs erwähnten Problemsachverhalte ist jedoch nach allen strafrechtlichen Vermögenslehren eine eingehende strafrechtliche Würdigung nur anhand der Rechtswidrigkeit der Bereicherung möglich.

IV Begriffsbestimmung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung

Mit der soeben getroffenen Feststellung einer selbständigen Bedeutung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung neben einem wie auch immer bestimmten Vermögensbegriff ist der Weg frei, sich der Frage zuzuwenden, welcher Inhalt dem Begriff der"Rechtswidrigkeit der Bereicherung" zu eigen ist. Hier hat sich weitgehend eine Unsicherheit breit gemacht, die dazu geführt hat, gleich liegende Sachverhalte unterschiedlich zu

---

355) Desgleichen kann die heute nicht mehr vertretene juristische Vermögenstheorie die Erfüllung eines fälligen Anspruches nicht als Vermögensschaden qualifizieren, vgl. oben S.48

entscheiden [356]. Eine Begriffsbestimmung ist aber nur dann praktikabel, wenn eine einheitliche Lösung rechtlich gleich strukturierter Fälle ermöglicht wird. Darüberhinaus wird bei Klärung des Begriffes "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" zu überlegen sein, ob bei Anwendung der zu erarbeitenden Definition die Strafbarkeit aus dem Vermögensdelikt zu sehr ausgedehnt oder eingeschränkt wird. Dies entscheidet eine Auslegung, die sich auf den Strafzweck der Bereicherungsdelikte besinnt [357] und sich um eine Verwirklichung der gerechten Gesamtordnung bemüht - einer Gesamtordnung, die der Ordnungsaufgabe des Rechts gerecht wird, indem sie eine einheitliche Regelung vergleichbarer Sachverhalte ermöglicht und so der Willkür des Richters enge Grenzen setzt [358].

1. Bestandsaufnahme und Kritik

Der Begriffsbestimmung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung muß eine Bestandsaufnahme bisheriger Deutungen vorausgehen, die einer kritischen Würdigung zu unterwerfen sind. An entsprechenden Lösungsversuchen hat es in der seit Jahrzehnten währenden Diskussion nicht gefehlt [359]. Diese reichen von einer Koppelung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung an die Ordnungswidrigkeit des Mittels zur Erlangung des Vermögensvorteils bis zu einer absoluten

---

356) vgl. etwa zur Beweismittelerpressung einerseits RG Rspr 2, 599, RG Recht 1907 Nr. 1256 (Sp. 587) und andererseits BGHSt 20, 136, zur mittelbar bezweckten Anspruchsbefriedigung durch Aufrechnung einerseits RGSt 57, 370; 77, 184 und andererseits BGH NJW 1953 S. 1479 zum Prozeßbetrug einerseits RGSt 72, 133, RG HRR 1940 Nr. 473 und andererseits BGHSt 3, 160

357) das läuft auf die anerkannte "teleologische Auslegungsmethode" hinaus, vgl. Maurach AT § 9 B 2 b -S.103-

358) vgl. Stratenwerth in O.A. Germann-Festschrift (1969) S. 258 (266, 273)

359) Einen ausführlichen Überblick über die älteren Meinungen gibt Hegler JW 1925 S. 1499 ff.

objektiven Wertung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung unabhängig von dem eingesetzten Mittel der Täuschung oder Nötigung. Zwischen diese beiden Extreme sind die - hauptsächlich vertretenen - Auffassungen einzureihen, nach denen für die Festlegung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung die Verwendung des Mittels jedenfalls nicht allein schon entscheidend, andererseits eine Berücksichtigung seiner Verwendung für den untersuchten Begriff zumindestens nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint. Innerhalb dieser Ansichten ist das hervorstechendste Unterscheidungsmerkmal, ob die Rechtswidrigkeit als "sine jus" oder als "contra jus" aufzufassen ist.

a) Rechtswidrigkeit der Bereicherung als Folge der Rechtswidrigkeit des Mittels zur Erlangung des Vermögensvorteils

Eine inhaltliche Abhängigkeit der Rechtswidrigkeit der Bereicherung von der Rechtswidrigkeit des verwendeten Mittels zur Erlangung des Vermögensvorteils ist in einigen frühen Erkenntnissen des Reichsgerichts [360] angenommen worden, so daß das betrügerische oder erpresserische Mittel schon eo ipso die Bereicherung zu einer rechtswidrigen macht. Dieser Auffassung treten KOHLER [361] und KITZINGER [362] bei. KITZINGERS Stellungnahme, nach der jede aufgrund einer Täuschung oder Nötigung erstrebte Bereicherung rechtswidrig sein soll, wurde bereits in einem anderen Zusammenhang wiedergegeben [363]. Diesem

---

360) RG Rspr 3, 128 (129), RG Rspr 3, 386(387), vgl. dazu die ablehnende Besprechung bei Rommel S. 100. - Die genannten Entsch. widersprechen - ohne dies freilich anzuführen - dem zuvor ergangenen Erkenntnis RGSt 1, 319(320): "Denn richtig ist, daß die Rechtswidrigkeit des Vorteils nicht lediglich in dem unerlaubten Mittel der Erlangung durch Gewalt oder Drohung bestehen soll, da n e b e n diesem Mittel der Verübung des Vergehens noch die Rechtswidrigkeit des Vorteils gefordert wird" (Sperrung im RG-Urteil)

361) GA Bd 56 (1909) S. 190(195): "Die Ungerechtfertigkeit des Vermögensvorteils ergibt sich aus der Unlauterbarkeit der Drohung von selbst."

362) GS 55 S. 1 (102)

363) oben S. 35 f.

Standpunkt nähert sich ebenfalls BOCKELMANN. Er erklärt den Vorteil für "rechtswidrig, der aus einer tatbestandsmäßig-rechtswidrigen, nämlich durch Täuschung und Nötigung verursachten Vermögensschädigung eines anderen stammt" [364]. Freilich fehlt nach der Ansicht BOCKELMANNS [365] in den Fällen eigenmächtiger Anspruchsdurchsetzung die Vermögensschädigung.

Die Ausrichtung der Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung an der Ordnungswidrigkeit des angewendeten Mittels ist in der Rechtsprechung [366] selbst bald aufgegeben worden. Die Meinung fand auch im Schrifttum [367] eine allgemeine Ablehnung, Insbesondere wurde wiederholt betont, daß nach der dargestellten Auffasung die Bezeichnung der Bereicherung als "rechtswidrig" überflüssig sei, dem Gesetzgeber jedoch eine Tautologie nicht unterstellt werden könne [368]. Zu Recht ist daher der beschriebenen Begriffsfestlegung die Gefolgschaft versagt worden.

---

364) Bockelmann in Mezger-Festschrift (1954) S. 363(382)

365) in Mezger-Festschrift (1954) S. 363(368, 370). Diese Ansicht ist freilich nicht bedenkenfrei, vgl. oben S. 63

366) RG Rspr 5, 59, RG Rspr 6, 493(496), RG Recht 1911 Nr. 3141, RG LZ 1915 S. 292 Nr. 29, vgl. ferner RGSt 64, 342 (344), BGHSt 3, 160(162), BGH-U. v. 11.10.1955 - 2 StR 264/55 - mitgeteilt bei Dallinger MDR 1956 S. 9(11), BGH GA 1966 S. 52(53), BayrObLG JR 1969 S. 307

367) Beling S. 171, 173 a.E., 174, Braun, Diss. S. 21, Frank ZStW14 (1894) S. 392 (393), Hälschner II S. 273, Hegler Vgl. Darst. BT VII S. 434, ders. JW 1925 S. 1499(1501), Heyer Archiv bürg. Recht 19 (1901) S. 38(90), Merkel HH III S. 732, v. Olshausen, § 253,4 I a) a.E., Rommel S. 94, 100, Waag GS 31 (1879) S. 241 (246), neuestens Birch Krim 1962 S. 181 ff., 227 (229)

368) RG Rspr 6, 493 (496), Birch a.a.O., Beling a.a.O., Frank a.a.O., Hegler a.a.O.

b) Absolute und objektive Rechtswidrigkeit der Bereicherung

Einen entgegengesetzten Weg hatte RUBO [369] zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung eingeschlagen. Losgelöst von der Verwendung des Mittels der Täuschung oder Nötigung müsse die Bereicherung "an sich", "absolut", "objektiv" rechtswidrig sein. Eine "objektive" Rechtswidrigkeit der Bereicherung könne einmal dem Inhalt nach, unter Abstraktion von den Mitteln zur Erlangung überhaupt (z.B. Zinseszins bei Zinseszinsverbot) oder wenigstens unter Abstraktion von dem Erlangungsmittel der Täuschung oder Nötigung wegen der Erlangung durch andere reprobierte Mittel (z.B. durch Bettel) vorliegen [370].

Auch diese Ansicht hat sich zu Recht nicht durchsetzen können. Einer so gehaltenen Auslegung trat die Rechtsprechungsmeinung [371] schon früh entgegen. Die von den erwähnten Obergerichten [371] zurückgewiesene Ansicht

---

369) S. 870 ff.

370) Rubo S. 871

371) Preuß. Obertribunal in Oppenhoff Rspr 16,86: "Es kann für den Deliktsbegriff des § 263 nicht darauf ankommen, ob der beabsichtigte Vorteil ein objektiv rechtswidriger, also ein solcher sei, welcher vermöge positiver Gesetzesvorschriften überhaupt von Niemandem beabsichtigt werden dürfe...", RG Rspr 1, 45 (50): "Unter den "angeführten Worten (gemeint: rechtswidriger Vermögensvorteil) begreift das Gesetz nicht einen überhaupt rechtswidrigen Vermögensvorteil, also nicht einen Vermögensvorteil, welchen, selbst wenn er mit an sich erlaubten Mitteln erstrebt werde, das Gesetz verbietet .....".

hat auch im Schrifttum [372] keinen Anklang gefunden. Zu rügen ist in der Tat, daß unter Zugrundelegung der Meinung RUBOS die Anwendbarkeit der §§ 253, 263 auf wenige Fälle beschränkt bliebe. Für den weiten Bereich der aufgrund einer List erlangten nicht objektiv rechtswi-drigen Vermögensvorteile wäre eine unerträgliche Strafbarkeitslücke geschaffen, da die Täuschungshandlung per se strafrechtlich irrelevant ist.

Nur im Ausgangspunkt ist eine Verwandtschaft der Interpretation BRAUNS zur beschriebenen Auffassung einer objektiven, absoluten Rechtswidrigkeit der Bereicherung feststellbar. BRAUN [373] will bei der Frage der Rechtswidrigkeit der Bereicherung ebenfalls ganz von dem Mittel der List oder Nötigung absehen. Der Vermögensvorteil müsse - und insoweit decken sich die Auffassungen - "an sich" das Recht negieren, schon "an sich" eine Rechtsverletzung darstellen [374]. Das entscheidende Kriterium gebe insofern der "wirtschaftliche Gesichtspunkt": "Rechtswidrig..... ist ..... der angestrebte Vermögensvorteil dann, wenn derselbe darin besteht, daß der betreffende Vermögenswert einem anderen Vermögen entzogen wird, ohne daß dafür wenigstens eine annähernd gleichwertige Gegenleistung geleistet wird oder geleistet worden ist [375]." Eine geeignete Interpretation der Rechtswidrigkeit der Bereicherung ist damit nicht gefunden. Eher ist nach der zitierten Begriffsbestimmung BRAUNS die <u>Vermögensbeschädigung</u> zu definieren. Ein Paradoxon ist darüberhinaus, daß BRAUN im Ergebnis auf einer Linie mit der von ihm abgelehnten [376], hier unter dem vorausgehenden Gliederungspunkt behandelten Meinung steht. BRAUN [377] bekennt sich zu einem rein

---

372) Rommel S. 100, Braun,Diss. S. 38, vgl. des weiteren die umfangreichen Nachw. des älteren Schrifttums bei Hegler JW 1925 S. 1499 (1501)

373) Diss. S. 23, 28

374) Braun,Diss. S. 26,29,31,34, vgl. dagegen Frank, Vgl. Darst. BT VI S. 103

375) Braun, Diss. S. 43

376) Braun, Diss. S. 20 ff

377) Diss. S. 9

wirtschaftlichen Vermögensbegriff. Die wirtschaftliche Vermögenstheorie ist jedoch gehalten, die für die Vermögenseinbuße gewährte gleichwertige Gegenleistung schadensausgleichend zu berücksichtigen. Für die daneben verbleibenden Fälle einer Vermögensbeschädigung muß BRAUN folglich immer die Rechtswidrigkeit der Bereicherung annehmen und unterscheidet sich damit im Ergebnis nicht von der Meinung, nach der aus der Ordnungswidrigkeit des Mittels die Rechtswidrigkeit der Bereicherung zu folgern ist. Freilich hat BRAUN eine Exemplifikation seiner Lösung vermieden.

Weder die Auffassung RUBOS einer absoluten, objektiven Rechtswidrigkeit der Bereicherung noch die Ansicht BRAUNS, nach der insoweit auf den wirtschaftlichen Gesichtspunkt abgestellt wird, vermögen zu überzeugen.

c) Rechtswidrigkeit der Bereicherung als "sine jus"

aa) Ansicht des Reichsgerichts

Das Reichsgericht [378] hat in ständiger Rechtsprechung zur Bestimmung des Begriffs "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" darauf abgestellt, daß der Vermögensvorteil rechtswidrig ist, auf den ein fälliger Anspruch nicht besteht. Die Rechtswidrigkeit wird somit als "sine jus" definiert. Zwar klingt beiläufig in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 21.2.1921 [379], die den bedingten Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils für ausreichend erklärt, eine

---

378) vgl. RGSt 4, 318 (324); 4, 279 (280); 19, 161 (164); 20, 56 (59); 26, 353 (354); 32, 337(339) - vgl. dazu RG Rspr 7, 53 und andererseits BGH MDR 1968 S. 938 ; RGSt 44, 203; 54, 342; RG Rspr 1, 48; 2, 325; 9, 114(115, 116), vgl. ferner Rspr.- und Lit.-Nw. bei Daude § 253 Bem. 30, § 263 Bem. 14, Kollmann ZStW 31 (1911) S. 53 (56 Fußn. 9), v. Olshausen § 253 Nr. 4 I a, § 263 Nr. 45 I, Rommel S. 94 ff.

379) RGSt 55, 257

andere Anschauung an, wenn dort ausgeführt ist: "Es muß genügen, daß der Täter bei seinem gewinnsüchtigen Handeln von der Vorstellung begleitet wird, daß der Vermögensvorteil, den er erstrebt, dem Rechte zuwiderläuft, oder daß er wenigstens mit einer solchen Möglichkeit rechnet..... [380]." Das hier zusammenhanglos wiedergegebene Zitat läßt jedoch erkennen, daß in dieser Reichsgerichtsentscheidung die Vorsatzart bezüglich der Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung festgelegt wird und nicht eine Abkehr von der bisherigen Deutung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung in der Rechtsprechungsmeinung vollzogen ist[381]. An der "sine jus"-Formel ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht gerüttelt worden. Das Reichsgericht[382] hat vielmehr seine Ansicht gegen eine Interpretation der Rechtswidrigkeit der Bereicherung als "contra jus" verteidigt.

Allerdings - und diese Klarstellung ist ein Verdienst der Untersuchung HEGLERS[383] - wird von dem verwendeten Mittel nicht abstrahiert, sondern die Art des Mittels zur Erlangung des Vermögensvorteils noch beigezogen. Deutlich wird dies in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 6.10.1890 [384] ausgesprochen: "Der Begriff der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils auf dem Gebiete der Erpressung wie des Betruges erfordert nach der vom Reichsgericht festgehaltenen Ansicht weiteres nicht als das Nichstbestehen eines Rechtes oder eines begründeten An-

---

380) RGSt 55, 257 (261) (Unterstreichen durch Verfasser)

381) BGHSt 4, 105(106) ordnet RGSt 55, 257 der ständigen Reichsgerichtsjudikatur zur Definition der Rechtswidrigkeit der Bereicherung als "sine jus" zu

382) RGSt 26, 353. Dieser Rechtfertigungsversuch ist mit Binding I S. 363 Fußn. 5, Hegler JW 1925 S. 1499 (1503) und v. Olshausen § 263 Nr. 4 I a -S.1257- als völlig mißglückt anzusehen

383) JW 1925 S. 1499(1503), vgl. auch Braun, Diss. S. 28 f., Pröll GA Bd 67 (1919) S. 107 (111)

384) RGSt 21, 114 (117) (Unterstreichen durch Verfasser)

spruches auf den erstrebten Vermögensvorteil, in Verbindung mit dem Umstande, daß zu dessen Erreichung beim Betruge das Mittel der Täuschung, bei der Erpressung das Mittel des Zwanges durch Gewalt oder Drohung angewendet wird." Damit beruht die Begriffsbestimmung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung durch das Reichsgericht in Wahrheit auf einer K o m b i n a t i o n [385]. Dies hat die Kritik an der Rechtsprechungsmeinung des Reichsgerichts häufig übersehen und wird noch darzustellen sein, Freilich bot das Reichsgericht auch keine Gelegenheit zum Erkennen und Berichtigen dieser Fehldeutung, wenn in der Vielzahl der Reichsgerichtsentscheidungen [386] lediglich die - schon traditionelle - gefestigte Rechtsprechung zu der "sine jus"-Formel zugrundegelegt wurde.

bb) Tendenz in der neueren Rechtsprechung zwischen Festhalten an der "sine jus-Formel und neuerdings verstärkter Hinwendung zu einer materialen Bewertung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung

Eine Zäsur in der gefestigten Rechtsprechungsmeinung zum Inhalt der Rechtswidrigkeit der Bereicherung wäre eingetreten, wenn die Auffassung der Oberlandesgerichte HAMM [387] und CELLE [388] Anklang gefunden hätte. Beide Oberlandesgerichte folgerten aus der Neufassung des § 253 durch die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29.5.1943 [389] eine sachliche Änderung gegenüber dem vorherigen Rechtszustand und maßen die Unrechtsmäßigkeit der erstrebten Bereicherung i.S. des § 253 n.F. daran, ob diese nach allgemeiner Anschauung als Unrecht erscheine.

---

385) Dies hat Hegler JW 1925 S. 1499(1504 o.r.) klargestellt, vgl. auch v.Olshausen § 263 Nr. 4 I a -S.1257-

386) Nachw. in Fußn. 378

387) HESt 2, 32 Nr. 17, vgl. oben S. 16

388) HESt 2, 314 Nr. 176, vgl. oben S. 17

389) VO vom 29.5.1943 (RGBl I S. 341)

Diese Ansicht hat schon bald darauf Widerspruch erfahren und wird heute nicht mehr vertreten. Insbesondere das Bayrische Oberste Landesgericht [390] wandte sich entschieden dagegen, die Rechtswidrigkeit der Bereicherung ohne Rücksicht auf das Bestehen eines im Recht begründeten Anspruches als das nach den Maßstäben der Sozialethik materiell Widerrechtliche zu bestimmen.
Neben dem erwähnten Urteil des Bayr. Obersten Landesgerichts [390] halten mehrere Entscheidungen des Bundesgerichtshofes [391] ausdrücklich an der Auffassung des Reichsgerichts fest. Doch muß man sich hüten, sämtliche neueren Entscheidungen in einem Atemzug zu nennen. Häufig wird nämlich die Feststellung vermieden, was positiv die Rechtswidrigkeit der Bereicherung ausmacht, und in allgemeiner, unverfänglicher Weise ausgedrückt, wann jedenfalls die Rechtswidrigkeit der Bereicherung fehlt[392].
Das liest sich dann beispielsweise so: "In der Rechtsprechung ist der Grundsatz anerkannt, daß keinen Betrug begeht, wer eine fällige rechtswirksame Forderung hat oder zu haben glaubt und durch Täuschung u n m i t t e l b a r die Befriedigung gerade dieser Forderung erreicht" [393].
Teils wird im Hinblick auf die Tatbestandselemente des Betruges präzisiert, daß keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil erstrebe, wer einen begründeten vermögensrechtlichen Anspruch geltend mache [394], jedoch dem Inhalt nach keine weiterführende Aussage getroffen.

---

390) Bayr ObLGSt 1955, 8 (14)

391) deutlich BGHSt 3, 99(101) = NJW 1952 S. 1062 (1063): "Rechtswidrig ist nach ständiger Rechtsprechung jeder Vermögensvorteil, auf den der Täter keinen Rechtsanspruch hat." BGHSt 4, 105 (106): "Nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts muß der Vorsatz des Erpressers ebenso wie der des Betrügers die Vorstellung umfassen, daß auf die erstrebte Bereicherung kein Recht besteht (RGSt 20, 56, 59; 55, 257, 259; 72, 133, 137). An dieser Rechtsprechung wird festgehalten." Beiläufig auch BGHSt 3, 110 (123 a.E.)

392) BGHSt 3, 160 (entgegen RGSt 72, 133); 19, 206(217); 20, 136 = JZ 1965 S. 544 = NJW 1965 S. 595; BGH NJW 1953 S. 1479, BGH-U. v. 11.10.1955 - 2 StR 264/55 - mitgeteilt bei Dallinger MDR 1956 S. 9(11) BGH GA 1966 S. 52, OLG Bremen NJW 1962 S. 2314 (2315),BayrObLG JR1969307

393) BGH NJW 1953 S. 1479 (Sperrung im BGH-Urteil) mit Hinweis auf RGSt 11, 72(76); 64, 342 (344), BGHSt 4,105 = NJW 1953 S.834

394) BGH GA 1966 S. 52(53), ähnlich BGH-U. v. 11.10.1955- 2 StR 264/55 - mitgeteilt bei Dallinger MDR 1956 S. 9(11), OLG Bremen NJW 1962 S. 2314 (2315)

Erst recht können die im Folgenden behandelten Entscheidungen nicht mit dem vorstehend genannten Urteil[395] in einen Topf geworfen werden. Mitunter wird nämlich zur Frage der Rechtswidrigkeit der Bereicherung betont, daß hierfür allein das sachliche Recht maßgebend sei, an dem das mit der Handlung verfolgte Endziel zu messen sei[396]. Zu dieser Klarstellung sah sich der Bundesgerichtshof[397] in einer Entscheidung zum Prozeßbetrug, der auf Erreichung eines der materiellen Rechtslage entsprechenden Urteils gerichtet war, veranlaßt, um eine durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts[398] eingeleitete Fehlentwicklung abzustoppen. Hierin scheint sich die Bedeutung der vom Bundesgerichtshof gewählten Formulierung zu erschöpfen. In Wahrheit geht es um mehr. Auf den ersten Blick wirkt allerdings die in BGHSt 3, 160 vorgenommene und in späteren Entscheidungen[399] aufgegriffene Prüfung, ob das von dem Täter verfolgte Handlungsziel der Rechtsordnung- und zwar dem sachlichen Recht - entspricht, wenig revolutionär. Auch das Reichsgericht[400] hatte streng zwischen dem Ziel der Handlung und den zur Erreichung des Zieles aufgebotenen Mitteln getrennt. Im übrigen hatte schon das Reichsgericht[401] für die Frage der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils Wert auf die Feststellung gelegt, daß es insoweit lediglich

---

395) Nachw. in Fußn. 391

396) BGHSt 3, 160(162); 20, 136 (137), BGH GA 1966 S. 52, BayrObLG JR 1969 S. 307 (308)

397) BGHSt 3, 160. Die Entscheidung hat allgemein Zuspruch erfahren, Anm. Hartung NJW 1953 S. 552, Jescheck GA 1955 S. 97 (103), Anm. Werner LM Nr. 18 zu § 263

398) RGSt (1. Strafsenat) 72, 133, RG (2. Strafsenat) HRR 1940 Nr. 473. Allerdings ist auch innerhalb des Reichsgerichts Widerspruch erhoben worden, vgl. die unveröffentlichte Entscheidung des 4. Strafsenats, deren maßgebende Sätze Hartung NJW 1953 S. 552 (553) mitteilt

399) BGHSt 20, 136 (137), BGH GA 1966 S. 52(53)

400) RGSt 20, 56(59)

401) RGSt 11, 72(76), RG JW 1923 S. 403 Nr. 53. Jedoch wollte RGSt 72, 133 (137) diesen Grundsatz für Täuschungshandlungen innerhalb eines Rechtsstreites über einen vermögensrechtl. Anspruch ausklammern

auf die "objektive Rechtslage" ankomme.

Dennoch vollzieht sich in der neueren Rechtsprechung auf der Grundlage der erwähnten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes [402] ein Wandel auf leisen Sohlen in der Begriffsbestimmung der [illegible]
Das Bemerkenswerte ist nämlich, ohne daß dies klar ausgedrückt wird, daß das von dem Täter verfolgte der Rechtsordnung entsprechende Endziel der Handlung auch der auf diesemWege vorab erstrebten Vermögensvermehrung den Makel der Rechtswidrigkeit nimmt. Dieses Ergebnis hätte eigentlich in der Entscheidung BGHSt 3, 160 genauer herauskristallisiert werden müssen. Denn der Bundesgerichtshof hat insofern noch übereinstimmend mit dem Erkenntnis RGSt 72, 132 (138) dargetan, daß diejenige Prozeßpartei einen Vermögensvorteil erlangt, die ihre Aussichten auf einen Sieg verbessert und ihrem, wenn auch begründeten, aber möglicherweise, etwa infolge Beweisschwierigkeiten gefährdeten Anspruch zum sicheren Erfolg verhilft. Die zwar im Widerspruch zu RGSt 72, 132 (136) stehende Feststellung, daß für die Frage der Rechtswidrigkeit der Bereicherung das sachliche Recht maßgebend sei, bringt ebenfalls noch keine Neuerung, da andere Reichsgerichtsentscheidungen insofern auch auf die objektive Rechtslage abheben. Unter Zugrundelegung der "sine jus"-Formel hätte nun nichts an einer Bestrafung aus § 263 vorbeigeführt. Denn ein Anspruch auf Verbesserung der Prozeßsituation stand dem Täter gerade nicht zu [403]. Diesen Weg geht der Bundesgerichtshof jedoch nicht. Wenn nämlich die Rechtswidrigkeit der Bereicherung verneint wird, beruht dieses Resultat auf einer am erstrebten Endziel orientierten materialen Bewertung, die den Begriff der

---

402) Nachw. in Fußn. 396

403) Diese Aussage ergibt, obwohl freilich nicht erkannt, eine tragfähige Grundlage der Entsch. RGSt 72,133. Es hätte also gar nicht der a.a.O. S. 137 vorgenommenen Einschränkung des Grundsatzes, für die Rechtswidrigkeit der Bereicherung auf die objektive Rechtslage abzustellen, für den Prozeßbetrug bedurft

Rechtswidrigkeit der Bereicherung an Einklang oder Widerspruch zur Rechtsordnung ausrichtet und hierbei den beabsichtigten Täuschungserfolg nicht isoliert betrachtet, sondern in den übergeordneten Zusammenhang der (motivierenden) Anspruchsrealisierung einfügt.

Auf gleicher Linie liegen die Erkenntnisse BGHSt 20, 136 und BGH GA 1966, 52. Diese Entscheidungen pflichten dem Urteil BGHSt 3, 160 bei, sind allerdings in ihrer Formulierung nuancierter gefaßt. Der dem Erkenntnis BGHSt 3, 160 zugrundeliegende Gedanke wird so deutlicher hervorgekehrt. Irrelevant sei es, "ob auf die Erlangung eines Beweismittels ein Anspruch besteht und ob mit seiner Hilfe eine geltend gemachte Forderung leichter durchgesetzt oder abgewehrt werden kann. Maßgebend ist allein das mit der Handlung verfolgte Endziel. Entspricht es der Rechtsordnung, steht also die Durchsetzung oder Abwehr einer Forderung mit dem sachlichen Recht im Einklang, so wird es nicht dadurch rechtswidrig, daß zu seiner Verwirklichung rechtswidrige Mittel angewendet werden" [404]. Mit dieser am erstrebten Endziel orientierten materialen Bewertung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung ist die starre "sine-jus"-Formel des Reichsgerichts verdrängt. Andererseits kann es nicht wundernehmen, daß das Reichsgericht in vergleichbaren Sachverhalts-konstellationen wegen Fehlens eines Anspruches auf den beabsichtigten Vermögensvorteil zur Bestrafung aus den §§ 253, 263 immer dann gelangen mußte, wenn sich jedenfalls die Zwischenstufe der erstrebten Anspruchsrealisierung - etwa die Erlangung einer besseren Beweis- oder Prozeßsituation - als Vermögensvorteil darstellte. Dies gilt für die

---

404) BGHSt 20, 136 (137) und, sich hierauf stützend, BGH GA 1966 S. 52 (53) (Unterstreichungen durch Verfasser)

Reichsgerichtsentscheidungen zur Beweismittelerpressung [405] (Schuldscheinbeschaffung) [406], zum durch Nötigung erlangten abstrakten Schuldanerkenntnis [407], zum Erschleichen eines Wechsels für eine obligatorische Verpflichtung [408], zur mittelbar bezweckten Anspruchsbefriedigung durch Aufrechnung [409] und endlich zum Prozeßbetrug zwecks Erreichung eines der materiellen Rechtslage entsprechenden Urteils [410].

Wie nochmals in Erinnerung zu rufen ist, sind heute jedoch mehrere neuere Entscheidungen bestrebt, von der gefestigten Meinung des Reichsgerichts zur Rechtswidrigkeit der Bereicherung abzurücken. Ein beredtes Zeugnis geben die Urteile des

---

405) RG Rspr 2, 599, RG Recht 1907 Nr. 1256 (Sp.587) a.A. allerdings das Urteil RGSt 64, 433 (436), das, vom Dogma des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs aus wenig überzeugend, einen Vermögensschaden verneint.hat. Die in Bezug genommene Entsch. RG JW 1930 S. 922 glaubte, im Einzelfall in der betrügerischen Erlangung einer Schuldurkunde (für eine nicht bestehende Forderung) eine wirtschaftliche Vermögensminderung nicht erblicken zu können. Diese Entsch. kritisierte Grünhut JW 1930 S. 922 zu Recht, vgl. im übrigen RG JW 1927 S. 2139, RG JW 1928 S. 411, RG GA Bd 44 S. 396, die die Verschaffung eines Beweismittels oder einer verpflichtenden Urkunde für eine nicht bestehende Forderung zutreffend als Vermögensschaden qualifizieren.

406) Den Urteilen RG Rspr 2, 599 und RG Recht 1907 Nr. 1256 (Sp. 587) ist nicht genau zu entnehmen, ob es sich um deklaratorische Beweismittel oder um verpflichtende Urkunden handelte

407) RG HöchstRR 3, 279

408) RGSt 66, 409, RG HRR 1928 Nr. 1537 (das dort genannte RG-U. v. 22.11.1927 ist in JW 1928 S. 411 veröffentlicht und betrifft einen anderen Sachverhalt)

409) RGSt 57, 370; 77, 184

410) RGSt 72, 133, RG HRR 1940 Nr. 473. - Seltsamerweise will RGSt 64, 433 (435) in der Verbesserung der Prozeßsituation durch Vorlegung falscher Beweismittel keinen (selbständigen) Vermögensvorteil sehen, da der Täter diesen ausschließlich durch eigene Tätigkeit erreiche. Diese Begründung überzeugt nicht. Beim Prozeßbetrug wird der Richter getäuscht, der seine Entscheidung auf das falsche Beweismittel stützt und so zum Nachteil des Prozeßgegners über dessen Vermögen verfügt, vgl. Schönke-Schröder § 263 Anm. 48 ff.

undesgerichtshofes zum Prozeßbetrug zwecks Erreichung ines der materiellen Rechtslage entsprechenden rteils [411], zur mittelbar bezweckten Anspruchsbefrie-igung durch Aufrechnung [412], und zur Beweismittel-rpressung zwecks Abwehr einer nicht bestehenden For-lerung [413]. Die heutige Rechtsprechung kennzeichnet llerdings keine klare Linie, zumal andere Entscheidungen[414] n der Auffassung des Reichsgerichts festhalten. Insge-samt ergibt sich aber, daß die in der Rechtsprechung les Reichsgerichts ständig zugrundegelegte Definition ier Rechtswidrigkeit der Bereicherung angezweifelt wird nd neu bestimmt werden muß. Unter Beachtung dieser Ent-wicklung scheint es, als ob manche Bundesgerichtshofs-urteile ohne Gespür für gewandelte Anschauungen der überlieferten Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Begriffsbestimmung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung anhängen. Diesem Vorwurf ist insbesondere das Erkenntnis BGHSt 4, 105(106) ausgesetzt, nachdem sich in BGHSt 3, 160 eine Neuinterpretation der Rechtswidrigkeit der Bereicherung anbahnte. Freilich ist der Eindruck nicht ganz von der Hand zu weisen, in einigen Entscheidungen werde ein halbherziges Lippenbekenntnis zur Meinung des Reichsgericht abgegeben und das Hauptaugenmerk auf die befriedigende praktische Fallösung gerichtet. Die neuere Rechtsprechung vorbehaltlos als Bestätigung und Fort-setzung der Rechtsprechung des Reichsgerichts auszugeben, entbehrt nach dem Gesagten jedenfalls jeglicher Grundlage.

cc) Kritik an der Ansicht des Reichsgerichts

Die vom Vorhergehenden gegebene Übersicht der heutigen

---

411) BGHSt 3, 160

412) BGH NJW 1953 S. 1479

413) BGHSt 20, 136

414) BGHSt 3, 99 (101); 4, 105(106), beiläufig auch BGHSt 3, 110 (123 a.E.), vgl. Fußn. 391

Rechtsprechungsmeinung hat deutlich vor Augen geführt, daß insbesondere in Zweifelsfällen der vom Reichsgericht propagierten Deutung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung als "sine jus" nicht gefolgt wird. Der früher berechtigten Kritik [415] an der Absicht des Reichsgerichts ist damit heute weitgehend die Spitze gebrochen. Dies gilt umso mehr, da die neueren, in Abweichung zur überlieferten Rechtsprechung des Reichsgerichts ergangenen Entscheidungen im Schrifttum gebilligt werden [416] [417].

Die Untersuchung beschränkt sich daher auf eine kurze Aufzählung und Auswertung der im wesentlichen gegen die Ansicht des Reichsgerichts vorgebrachten Argumente. Der häufigste Vorwurf gipfelt in der Feststellung, die Gleichsetzung von "rechtswidrig" mit "ohne Rechtsanspruch" würde eine Vielzahl der im Sozialleben erstrebten Bereicherungen zu "rechtswidrigen" stempeln [418]. Jedes Ausnutzen einer Geschäftschance wäre widerrechtlich; die "weitaus meisten

---

415) vgl. Binding I S. 363, 364, ders. Normen II, 2 S. 1074, Brauweiler ZStW 33 (1912) S. 93(99 f.), Engelhard ZStW 35 (1914) S. 414(425), Frank ZStW 14 (1894) S. 354 (insbes. 392 ff.), ders. Vgl. Darstel. BT VI S. 1(29), Gerland S. 508, Katz GS 41 S. 424(443), v.Liszt-Schmidt S. 673, Merkel HH III S. 732, 772 f., Nagler in Binding-Festschrift II (1911) S. 273(290 ff.), ders. in v. Frank-Festausgabe (1930) S. 339(342, 343), v. Olshausen § 253 Nr. 4 I a -S.1257 Mitte-,Pröll GA Bd. 67 (1909) S. 109 (111), Waag GS 31 S. 241 (245), w.Nachw. bei Hegler JW 1925 S. 1499(1503), ders. Vgl. Darst. BT VII S. 435 Fußn. 1. - Kollmann ZStW 31 (1911) S. 53(63) bezeichnete die "sine-jus"-Formel als "wahren Rattenkönig von Denkfehlern".

416) so auch Otto S. 228 ohne näheren Nachweis

417) BGHSt 3, 160 billigen Dreher § 263, 7 B, Hartung NJW 1953 S. 552, Jescheck GA 1955 S. 97(103), Lackner-Maassen § 263, 9 b, Maurach BT § 38 II C 2 -S.329-, Petters-Preisendanz § 263, 4, Werner LM Nr. 18 zu § 263
BGHSt 20, 136 billigen Lackner-Maassen § 263, 9 b, Schröder JZ 1965 S. 513 und (von einem anderen Standpunkt) Cramer S. 160 f.
BGH NJW 1953 S. 1479 heißen gut Dreher § 263, 7 B, Lackner-Maassen § 263, 9 b und Schönke-Schröder § 263 Anm. 126

418) Binding I S. 363, 364 und insbes. Normen II, 2 S. 1074, Mohrbotter GA 1967 S. 199(209, 210), Nagler in Binding-Festschrift II (1911) S. 273(292), ders. in v. Frank-Festausgabe (1930) S. 339(342, 343), Waag GS 31 S. 241 (245)

Gewinne des täglichen Verkehrs wären also unrecht Gut"[419]. Diese Kritik übersieht jedoch, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts die Rechtswidrigkeit der Bereicherung nicht lediglich dem Fehlen eines Rechtsanspruchs entnimmt, sondern des weiteren das Mittel der Erlangung des Vermögensvorteils noch beizieht[420]. In gleicher Weise stößt der Vorwurf KOLLMANNS [421] ins Leere, die Deutung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung durch das Reichsgericht enthalte einen Widerspruch in sich. KOLLMANN hatte argumentiert: Da das Recht keinen Anspruch auf Gewinnung eines Anspruches gewähre und da die Anspruchsgewinnung aber ein Vermögensvorteil sei, sei dieser folglich nach der Rechtsprechungsmeinung rechtswidrig, mithin jeder Anspruch auf einen Vermögensvorteil rechtswidrig, so daß ein rechtmäßiger Vermögensvorteil nicht denkbar sei.

Dem soeben erhobenen Einwurf entgeht zwar FRANK [422], der mehrere Beispiele gebildet hat, in denen ein Vermögensvorteil ohne einen hierauf gerichteten Rechtsanspruch durch eine Drohung i.S. des § 253 a.F. erstrebt wird und damit eine Bestrafung aus § 253 a.F. nach Ansicht des Reichsgerichts unausweichlich, aber unbefriedigend ist [423]. Jedoch ist heute einer Argumentation

---

419) Nagler in Binding-Festschrift II (1911) S. 273(292), vgl. auch Mohrbotter GA 1967 S. 199(209, 210). - Ob die vom Recht nicht angeprangerten Bereicherungen als "rechtlich neutral", so Nagler a.a.O. S. 291 und Engelhard ZStW 35 (1914) S. 414(424), oder als "an sich rechtmäßig", so Frank ZStW 14 (1894) S. 354 (393 u.), qualifiziert werden, ist von untergeordneter Bedeutung: Jedenfalls sind sie nicht rechtswidrig

420) vgl. oben S.101 f.

421) ZStW 31 (1911) S. 53 (56, 57)

422) ZStW 14(1894) S. 354(392), vgl. dazu Engelhard ZStW 35 (1914) S. 414(425), der deshalb die Drohungsmittel einschränken will

423) Dies gilt insbesondere für die vielfach kritisierte Entsch. RGSt 21, 114 (Drohung mit Arbeitsniederlegung zur Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ziele), vgl. zur Kritik Frank ZStW 14 (1894) S. 354(392 ff.), Kollmann ZStW 31 (1911) S. 53 (73 m.w.N.)

unter Stützung auf diese Beispiele die Waffe aus der Hand geschlagen, da nach dem jetzt geltenden § 253 in diesen Fällen durch das Korrektiv des § 253 Ab. 2 - sei es als Rechtfertigungsgrund oder als Eingrenzung des in Absatz 1 zu weit geratenen Tatbestandes - der Unrechtstatbestand entfallen wird [424], ohne daß die Unrechtmäßigkeit der Bereicherung untersucht werden müßte.

Die Ansicht des Reichsgerichts erliegt jedoch anderen Bedenken. Sie ist unvereinbar mit dem Wortlaut und Inhalt des Begriffes "rechtswidrig" und mit der ratio legis der Bereicherungsdelikte. Die Rechtswidrigkeit kennzeichnet einen Gegensatz zum Recht. Dies bagatellisiert die Rechtsprechung des Reichsgerichts, wenn sie nicht sogar hiervor die Augen verschließt. Unrecht ist die Überschreitung der vom Recht gesetzten Schranken der Machtgebiete, der verbotene Eingriff in das rechtlich geschützte Machtgebiet anderer beziehungsweise der Gesamtheit: dies macht das sachliche Wesen des Unrechts aus [425]. Durch Typisierung bestimmter Verhaltensweisen in einem Leitbildtatbestand werden schützenswerte Interessen zu Rechtsgütern erhoben, deren Verletzung als "Unrecht" zu ahnden ist [426]. Die Rechtswidrigkeit erhellt in der Relation zum Tatbestand, sie ist "tatbestandsbezogen"[427]; der Inhalt der Rechtswidrigkeit ist erkennbar in Verbindung mit dem Sinn und Zweck der Gesamtnorm. Die Rechtswidrigkeit ist letztlich "relativierend" zu bestimmen [428]. Von diesem grundsätzlichen Verständnis der Rechtswidrigkeit aus ist die Brücke zur Rechtswidrigkeit der Bereicherung zu schlagen. Bezugspunkt dieses Begriffes ist die außer-

---

424) vgl. dazu im einzelnen Schönke-Schröder § 253 Anm.11.

425) v. Hippel S. 185, vgl. auch Jescheck § 24 I 2 -S.159, 160, Stratenwerth § 8 B - Rnr. 186 -

426) vgl. Jescheck § 25 I -S.167-, Maurach AT § 19 -S.211 ff., insbes. 224-, Wessels § 3 II 1 -S.16-

427) Mohrbotter GA 1967 S. 199 (211), vgl. weiter Maurach AT § 24 I A -S.285-

428) ausführlich hierzu Mohrbotter GA 1967 S. 199(210ff.) unter Hinweis auf w. Lit.

strafrechtliche Vermögensordnung. Dient die Vermögensverschiebung der Verwirklichung des von der Rechtsordnung geregelten Vermögenszustandes - ein Beispiel ist die Realisierung eines fälligen rechtswirksamen Anspruches gegenüber dem säumigen Nichtleistenden - fehlt ihr der Unwertgehalt. Unerheblich ist dabei die Art des eingesetzten Mittels, die freilich unter Umständen eine Bestrafung aus § 240 oder § 267 begründen kann.

Die Ansicht des Reichsgerichts, die die Rechtswidrigkeit der Bereicherung aus dem Mangel eines vermögensrechtlichen Anspruches und daneben ohne inneren Bezug [429] aus der Ordnungswidrigkeit des verwendeten Mittels herleitet, läßt sich dogmatisch nicht absichern und beachtet nicht die Ausgestaltung der Bereicherungsverbrechen als Vermögensverschiebungsdelikte. Die Wertverschiebung ist aber der Angelpunkt für das Verständnis der Rechtswidrigkeit der Bereicherung.

d) Rechtswidrigkeit der Bereicherung als "contra jus"

Die Erkenntnis, die Rechtswidrigkeit der Bereicherung als "contra jus" zu begreifen, vereint neben der Ablehnung der "sine jus"-Formel die Kritiker [430] an der Ansicht des Reichsgerichts. Der gemeinsame Ausgangspunkt wird aber verlassen, wenn es um die inhaltliche Ausfüllung der als "contra jus" gekennzeichneten Rechtswidrigkeit der Bereicherung geht. Innerhalb der divergierenden Meinungen sind zwei Hauptströmungen erkennbar: die strenge Orientierung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung an der außerstrafrechtlichen Gesamtordnung und die Leugnung der Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung.

---

429) Dies kritisieren Hegler JW 1925 S. 1499 (1504) und Katz GS 31 (1879) S. 424 (443)

430) Nachw. in Fußn. 415

aa) Strenge Orientierung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung an der außerstrafrechtlichen Rechtsordnung

Der Ausgangspunkt der teils früher im Schrifttum vertretenen Ansichten [431] ist die Überlegung, daß die Erlangung des Vermögensvorteils im Widerspruch zur außerstrafrechtlichen Rechtsordnung und speziell zur Privatrechtsordnung stehen muß, um die erstrebte Bereicherung als rechtswidrige zu kennzeichnen. Naheliegend ist insoweit der Gedankenschluß, daß die außerstrafrechtliche Rechtsordnung auch eine Regelung enthalten muß, wann ein Widerspruch zur Rechtsordnung vorliegt. Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung wird demnach in völliger Abhängigkeit von der außerstrafrechtlichen Rechtsordnung bestimmt. Dieser Gedanke wird nun in unterschiedlicher Weise zum Ausdruck gebracht.

Ehemals wurde behauptet, der Vermögensvorteil sei rechtswidrig, der zivilrechtlich nicht einklagbar sei [432]. Konsequenterweise sei daher die erzwungene Erlangung eines Vermögensvorteils, zu dessen Gewährung der andere nur durch eine Naturalobligation verbunden ist, strafbare Erpressung [433]. Allerdings ist das Abstellen allein auf die zivilrechtliche Nichteinklagbarkeit zur Begründung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung von vornherein fehlerhaft. Andernfalls wäre unerklärlich, daß der Empfänger die auf eine Naturalobligation erbrachte (nichteinklagbare und damit rechtswidrige?) Leistung unter dem Schutz des Rechts behalten darf [434]. So wollen die Autoren [435] der behandelten Ansicht anscheinend auch nicht verstanden werden,

---

431) Katz GS 31 (1879) S. 424 (443), v. Schwarze § 253 Anm.13

432) Katz a.a.O., v. Schwarze a.a.O.

433) Katz a.a.O.

434) Auf diesen Gesichtspunkt stützt Frank ZStW 14 (1894) S. 392 (398) seine ablehnende Kritik

wenn sie vorgeben, der "sine jus"-Formel entgegenzutreten. Unter Ausschaltung des eben erhobenen Vorwurfs hieße es dann, den Vermögensvorteil als rechtswidrig anzusehen, der zivilrechtlich nicht einklagbar sei und dennoch - also im Widerspruch zum Zivilrecht, das seine Mittel zur Vorteilsverschaffung nicht bereitstelle - durch Täuschung oder Nötigung erstrebt werde. Damit steht die Meinung aber auf dem Boden der kritisierten Ansicht des Reichsgerichts [436]. Unterschiedlich sind lediglich die Formulierungen. Denn zivilrechtliche Nichteinklagbarkeit, deren Frage sich mit Rücksicht auf denjenigen beantwortet, dem der Vorteil zufließen soll [437], ist nichts anderes als das Nichtbestehen eines vollgültigen Rechts des aus dem Bereicherungsdelikt Begünstigten auf den Vermögenszuwachs. Die erörterte Ansicht ist daher entweder dem soeben erhobenen Vorwurf oder den gegen die Ansicht des Reichsgerichts geltend gemachten Bedenken ausgesetzt.

Andere Interpreten[438] meinen, der Vermögensvorteil, der im Rechtswege zurückgefordert werden könne, stehe im Widerspruch zur Privatrechtsordnung und sei widerrechtlich. Diese Auffassung krankt daran, daß sie einem Kreisschluß erliegt, da mit Verweisung auf § 123 BGB die

---

436) obwohl sich Katz a.a.O. entschieden gegen eine Verbindung von fehlendem Recht und ordnungswidrigem Erlangungsmittel wendet

437) v. Schwarze § 253 Anm. 13

438) Beling S. 17[illegible] Fußn. 1, Brauweiler ZStW 33 (1912) S. 95 (99): ".....Zustand, zu dessen Beseitigung die Rechtsordnung ein Mittel gewährt", früher auch Frank ZStW 14 (1894) S. 392(399):"..... der von dem Gewährenden im Wege des Rechts zurückgefordert werden kann", Waag GS 31 (1879) S.241 (250):"welcher nach den Grundsätzen des Zivilrechts....dem Bereicherten.....weggenommen werden kann." - Binding I S. 364 wertet den gesetzl. Anspruch auf Aufhebung des durch Täuschung oder Nötigung geschaffenen Zustandes lediglich als Symptom des rechtswidrigen Vermögensvorteils

gleiche Frage dort von neuem entsteht[439].
Nur eine vordergründige Klarstellung bringt die Definition der Vermögensvorteil sei rechtswidrig, der einem fremden Vermögen in Widerspruch mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts entzogen werde [440]. Mithin sei eine rechtswidrige Vermögensv e r s c h i e b u n g zu fordern[440]. Dieser Gedanke enthält einen richtigen Kern. Angreifbar sind allerdings die aus ihm gezogenen Schlußfolgerungen, nach denen zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung auf die zivilrechtliche Widerrechtlichkeit des der Vorteilsentziehung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts (Nichtigkeit und Anfechtbarkeit) abgestellt wird. Denn im Unterschied zu der zuvor genannten Ansicht ("Zurückforderbarkeit") könne die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils auch durch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zum Ausdruck gelangen, ohne daß eine rechtliche Rückforderungsmöglichkeit bestehe [441]. Folglich begehe die Dirne Erpressung, die den nicht zurückforderbaren Lohn gewaltsam eintreibe. In diesen Fällen bloßer Anfechtbarkeit führt diese Auffassung jedoch in die gleiche Gasse der zivilrechtlichen Problematik zur widerrechtlichen Drohung in § 123 BGB [442] wie die vorstehend angeführte Ansicht und zieht somit die gleiche Kritik eines circulus vitiosus auf sich.

Insgesamt verhilft die strenge Orientierung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung an der außerstrafrechtlichen Rechtsordnung nicht zu einwandfreien Resultaten [443], weil

---

439) vgl. dazu Hegler JW 1925 S. 1499(1506 v.Sp.u.), Kohlrausch-Lange § 253 VII b a.E.; vgl. zu den Auslegungsschwierigkeiten der widerrechtlichen Drohung in § 123 BGB Brauweiler ZStW 33(1912) S. 93(100)

440) Frank § 253 IV unter Aufgabe seiner früher vertretenen Ansicht in ZStW 14 (1894) S. 392 (399), vgl. auch v. Olshausen § 253 Nr. 4 I c

441) Frank a.a.O.

442) vgl. das Eingeständnis bei Frank a.a.O.

443) vgl. auch die abl. Kritik Heglers Vgl. Darst. BT VII S. 405 (435 Fußn. 1)

das Kriterium der zivilrechtlichen Nichteinklagbarkeit keinen Fortschritt gegenüber der Ansicht des Reichsgerichts bringt und das Abstellen auf den Nichtbestand vor dem bürgerlichen Recht die Problematik des § 123 BGB in das Strafrecht überträgt, aber nicht löst.

bb) Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung

Eine andere vielfach im Schrifttum vertretene Auffassung[444] befreit die Rechtswidrigkeit der Bereicherung von der völligen Abhängigkeit zur Privatrechtsordnung und stellt ein Korrespondenzverhältnis zwischen Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung her. Dieser Gedanke fand Einzug in verschiedenen Formulierungen, die sachlich das Gleiche umschreiben. Teils wird auf die Bedeutung des Bindegliedes zwischen Vermögensschaden und Vermögensvorteil (sogen. "Stoffgleichheit") aufmerksam gemacht und das Wesen der Rechtswidrigkeit der Bereicherung in der Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung erkannt [445], Rechtswidrig ist der ohne rechtlichen Anspruch aus dem Vermögen eines anderen erlangte Vermögensvorteil [446]. Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung beruht auf der rechtswidrigen Gewinnung aus fremdem Vermögen, auf der Erlangung "ohne Recht und Gesetz auf Kosten des rechtlich anerkannten Vermögensbestandes eines anderen" [447], also durch Schädigung aus dessen Vermögen [448].

---

[444] Binding I S. 364, Dessecker II, 2 a.a.O. 87, Hälschner a.a.O., Merkel a.a.O., Oppenheim 28 (1905 S. [illegible]), Dorn, VGH. Bd. [illegible] S. [illegible] (Abs. Fuhr), Gallas ZSTW 71 (1959) S. 55 (56), Kurzel DR III [illegible], Kohlrausch-Lange [illegible] (1960/61), Dreiss 36 [illegible], [illegible] 109 (1.11), Schönke-Schröder 2 [illegible] Anm. [illegible], Schönke-Schröder [illegible] Anm. [illegible], Dreiss, JR [illegible], Dreiss, [illegible] Binding a.a.O., Hälschner II S. [illegible], Merkel [illegible], Schönke-Schröder a.a.O., Schröder a.a.O.

446) Hälschner a.a.O., Merkel a.a.O.

447) Binding I S. 364

448) Binding Normen II 2 S. 1074

Diese Definitionen sind in geringfügig veränderter Fassung in neuester Zeit durch SCHRÖDER [449] ins Licht gerückt worden. Für die Rechtswidrigkeit der Bereicherung sei die Illegitimität der Vermögensverschiebung entscheidend, so daß zu fragen sei, ob die vom Täter erstrebte Vermögensverschiebung aus dem Vermögensbereich des Getäuschten beziehungsweise Genötigten in ein fremdes Vermögen mit oder ohne Billigung der Rechtsordnung erfolge.

Einen ähnlichen Gedanken verfolgt MOHRBOTTER [450], wenn er ausführt: Nur die Zuwendung (Bereicherung und Zueignung) sei materiell-rechtswidrig, die auf fremde Kosten erstrebt werde und damit auf einer korrespondierenden Einbuße des Opfers basiere, die der Zuwendende nicht zu dulden brauche. Für die Rechtswidrigkeit der Bereicherung bedeute dies: Die Bereicherung auf fremde Kosten sei ein Eingriff in einen fremden Vermögenskreis, der den wahren Interessen des Opfers zuwiderlaufe. Diese Interpretation MOHRBOTTERS bewegt sich auf der Bahn der von HEGLER [451] vorgezeichneten Deutung der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils. HEGLER hatte betont, als rechtswidrig sei jede vorteilbringende Zuwendung im Wege der Vermögensverschiebung zu bezeichnen, die, ohne ein Recht auf sie zu haben, wider den wahren Willen des Betroffenen herbeigeführt werden solle.

Die vorstehend genannten Ansichten zeichnet die eindeutige Stellungnahme gegen eine Interpretation der Rechtswidrigkeit der Bereicherung als "sine jus" aus. Nicht der Mangel des Rechts auf den erstrebten Vermögensvorteil begründet die Rechtswidrigkeit der Bereicherung, sondern das Verschaffen (genauer Verschaffenwollen) des Bereicherungsobjektes auf Kosten des anderen. Dies ist die Idee der Vermögensverschiebung wider den wahren Willen des Betroffenen [452]. Die

---

449) JZ 1965 S. 513(515), JR 1966 S. 471(472), Schönke-Schröder § 253 Anm. 19, § 263 Anm. 118 e

450) GA 1967 S. 199 (214)

451) Vergl. Darst. BT VII S. 405(435 Fußn. 1), ebenso JW 1925 S. 1499 (1505)

452) Hegler Vergl Darst. BT VII S. 405(435, Fußn.1)

Vermögensverschiebung aus dem Vermögen des Opfers in das Vermögen des Täters oder begünstigten Dritten ist essentielles Kennzeichen der Bereicherungsdelikte. Diese Wertverschiebung ist der rechtlichen Beurteilung zu unterziehen [453].

Dieser Auffassung gebührt daher der Vorzug gegenüber der strengen Orientierung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung an der außerstrafrechtlichen Rechtsordnung unabhängig vom Vorgang der Wertverschiebung, weil so der Ausgestaltung der Bereicherungsdelikte als Vermögens-verschiebungsdelikte Rechnung getragen wird. Eine Antwort bleibt diese Meinung dennoch in der Vielzahl ihrer Stellungnahmen schuldig. Als Kardinalfrage stellt sich das Problem: Weshalb entfällt die Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung bei der Verwirklichung eines bestehenden fälligen Anspruches, obwohl doch ein Eingriff in einen fremden Vermögenskreis und eine Vermögensbeschädigung nicht zu leugnen sind? [illegible] unternahm einen beachtlichen und überzeugenden Rechtfertigungsversuch, warum die eigenmächtige Anspruchsrealisierung die strafrechtliche Sanktion der Bereicherungsdelikte nicht auszulösen vermag. Dieser Gedankenkomplex will noch näher verfolgt werden.

2. Eigener Lösungsversuch

Die Interpretation der Rechtswidrigkeit der Bereicherung muß den folgenden drei Forderungen nachkommen: die Deutung des Begriffes muß der gesetzlichen Ausgestaltung der §§ 253, 263 als Vermögens- und Vermögensverschiebungsdelikte gerecht werden; die Verneinung oder die Begründung eines Strafbedürfnisses unter dem Gesichtspunkt der §§ 253, 263 für die eigenmächtige Anspruchsdurchsetzung muß durchschaubar und erklärbar sein; und endlich (unter 3.) hat die

---

453) Schröder, Nachw. in Fußn. 449
454) GA 1967 S. 199 (209 ff.)

erarbeitete Begriffsbestimmung ihre Praktikabilität durch Gewinnung befriedigender Fallösungen unter Beweis zu stellen.

Die eigene Stellungnahme kann sich zunächst die Ergebnisse der kritischen Würdigung bisheriger Lösungsversuche dienbar machen. Nur die zuletzt behandelte Auffassung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung als "contra jus" unter Betonung der Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung berücksichtigt die gesetzliche Ausgestaltung der Bereicherungsverbrechen als Vermögens- und Vermögensverschiebungsdelikte. Jede andere Betrachtung verfälscht den Betrug in ein Delikt zum Schutz von Treu und Glauben und (oder) der Dispositionsbefugnis und die Erpressung in ein Delikt zum Schutz der Freiheit der Willensentschließung und Willensbe-tätigung [455]. Dies ist zu vertiefen. Im Strafrecht wird das Vermögen nicht gegen jede denkbare Beeinträchtigung, sondern gegen bestimmte Angriffsarten geschützt [456] (Täuschung in § 263, Zwang in § 253, Treuverletzung in § 266 usw.) [457]. Darüberhinaus genügt für die Bestrafung aus den §§ 253, 263 nicht eine bloße Vermögensbeschädigung, hinzutreten muß das subjektive Unrechtselement [458] der Absicht (rechtswidriger) Bereicherung, die dem Betrug und der

---

455) Daran ändert nichts, daß § 253 die Freiheit der wirtschaftlichen Disposition mit schützt. § 253 ist, wenn nicht sogar überwiegend, Vermögensdelikt, vgl. dazu Lenckner JZ 1967 S. 105(107), Maurach BT § 37 I C -S.288-, Schönke-Schröder § 253 Anm.1.Insbesondere Lenckner NJW 1967 S. 1890 (1894) betont, daß geschütztes Rechtsgut das Vermögen des Geschädigten sei. Die Betrachtungsweise, geschütztes Rechtsgut sei die Wahrung der auf bestimmten Ordnungsprinzipien beruhenden Vermögensverteilung in dem Sinn, daß sich niemand zu Unrecht bereichern soll, würde zu einer Vorverlegung der Strafbarkeit führen.

456) Lenckner NJW 1967 S. 1890(1895), Maiwald in Maurach-Festschrift (1972) S. 9/10, Maurach AT § 19 II B 2 a -S.221-

457) vgl. Jescheck § 24 III 1 -S.163-

458) Die Zugehörigkeit des subjekt. Unrechtselements zum Unrechtstatbestand wird allgemein angenommen,vgl. Jescheck § 30 III 1 -S.215-,Maurach AT § 20 III 6 c) aa) -S.240-, § 22 V B 1 -S.269-, Schönke-Schröder Vorbem. 40, Welzel § 13 II 2 a -S.78 f.-, Wessels § 3 III 4 -S.20-, dazu kritisch Schmidhäuser 8/108 -S.204 f.-, der differenziert und die Bereicherungsabsicht in § 263 dem Schuldbereich zuschlägt 10/122 -S.359-, 10/124 -S.360-. Vgl.zur Relativierung des Vermögensschutzes in den §§ 253, 263 durch das Erfordernis einer inneren bestimmten Tätereinstellung Lenckner NJW 1967 S. 1890 (1895)

Erpressung erst das kennzeichnende Gepräge als Bereicherungsdelikt verleiht. Das Unrecht der Bereicherungsdelikte wird also nicht nur durch den Erfolgsunwert - aufgefaßt als Verletzung oder Gefährdung des geschützten Handlungsobjektes [459] - sondern auch durch den Handlungsunwert - die Handlungsmodalität der Täuschung oder Nötigung und das subjektive Unrechtselement der Absicht (rechtswidriger) Bereicherung umfassend [460] - gebildet. Der tatbestandlich gefaßte Erfolgs- und Handlungsunwert stehen demnach nicht beziehungslos nebeneinander, sondern vereinen sich als Erfolgs- bzw. Handlungsunrecht [461] zum Unrecht, das die Verbotsmaterie umschreibt und eingrenzt. Jede Verhaltensnorm ist aber am Rechtsgut, dessen Schutz das Strafrecht durch Androhung strafrechtlicher Sanktionen für den Fall der Zuwiderhandlung gegen den konkretisierten Normbefehl verwirklicht, ausgerichtet, so daß die Bausteine des Unrechtstatbestandes, also sowohl Erfolgs- wie Handlungsunrecht, [illegible].

Diese Einsicht vermittelt weitere Erkenntnisse. Ein Verhalten wird demnach erst zum Unrecht des Betruges oder der Erpressung, wenn das durch den Rechtsgutbezug inhaltlich verbundene Erfolgs- und Handlungsunrecht verwirklicht wird. Dies kann ein Beispiel verdeutlichen. Orientiert an dem durch den Betrug geschützten Vermögen, ist also nicht jede, sondern nur die auf die nachteilige [illegible].

---

459) Jescheck § 24 III 1 -S.164-, Mayer § 10 II 1 a -S.52-

460) ähnlich Maiwald in Maurach-Festschrift (1972) S.9(12/13)

461) Jescheck § 24 III 1 -S.164-

462) [illegible]

463) Diese "funktionale" Beziehung zwischen Täuschung und Verfügung betonen [illegible] NJW 1971 S. 599(600), Schröder NJW 1962 S. 721(722), Weidemann GA 1967 S. [illegible], kritisch [illegible], vgl. auch Fußn. 41

Andersfalls würde der Betrug (auch) als Delikt gegen die Dispositionsfreiheit aufgefaßt. Ebenso steht es mit der beabsichtigten Bereicherung. Nicht jede erstrebte Bereicherung ist Bestandteil des Unrechts der Bereicherungsdelikte, sondern nur jene, die der Vermögensordnung als Zuweisungsordnung der Vermögenswerte widerstreitet. Eine von der Vermögensordnung gebilligte Vermögensverschiebung, insbesondere der Übergang des rechtlich zu beanspruchenden Objekts aus dem Vermögen des Verpflichteten in das Vermögen des Berechtigten, kann nicht unrechtsbegründend im Sinne der Bereicherungsdelikte sein. Dieser Selektionsfunktion zur Ausscheidung der betrugsirrelevanten Bereicherungsvorgänge im Verhältnis zu den sozialschädlichen, von der Vermögensordnung mißbilligten Vermögensverschiebungen, dient der Begriff "Rechtswidrigkeit der Bereicherung", der wie die anderen Unrechtselemente ebenfalls am Rechtsgut Vermögen und nicht an einem (nicht bestehenden) Rechtsgut Treu und Glauben und (oder) Dispositionsfreiheit ausgerichtet ist. Bezugspunkt der Rechtswidrigkeit der Bereicherung ist die außerstrafrechtliche Vermögensordnung. Die Aussagen der Normen der Vermögensordnung zur Überführung eines Vermögenswertes hat das Strafrecht zu berücksichtigen. Von Bedeutung sind allein diese Aussagen. Zur Frage der Ordnungsgemäßheit oder Ordnungswidrigkeit des die Vermögensverschiebung in Gang setzenden Mittels verhält sich die Vermögensordnung indifferent. Das heißt nun nicht, daß das Zivilrecht allgemein vor der arglistigen Täuschung, widerrechtlichen Drohung, sittenwidrigen Schädigung usw. die Augen verschließt. Die Vermögensordnung jedenfalls knüpft die Rechtsfolge zur Rückgewähr des Geleisteten (§§ 812:. V.m. 123 BGB) nicht an die Tatsache der Leistung aufgrund einer Täuschung oder Drohung, sondern an die rechtzeitige Erklärung der Anfechtung, die im Belieben des Getäuschten bzw. Bedrohten steht. Unterbleibt die Anfechtung, bleibt das Rechtsgeschäft gültig und der Zuwendungsempfänger zum Behalten der Leistung berechtigt. Das bürgerliche Recht hat allgemein ein Interesse an der Reinheit des Rechtsverkehrs und ermöglicht daher die An-

fechtung. Andernfalls wären in der Tat der Eigenmacht Tor und Tür geöffnet. Die Selbsthilfe ist daher nur in engen Grenzen gestattet. Das richtige Instrument zur Anspruchsrealisierung stellt ausschließlich das Prozeßrecht zur Verfügung. Um zum Ausgangspunkt zurückzukehren: Die Vermögensordnung dagegen regelt (allein) die Zuordnung der Vermögenswerte.

Die Zuordnungsschwierigkeiten beginnen freilich, sobald der Verpflichtete den geschuldeten Gegenstand zurückhält. Diese Konstellation liegt der eigenmächtigen Anspruchsdurchsetzung zugrunde. Das Kernproblem lautet: Weist die Vermögensordnung den Vermögenswert des geschuldeten, aber zurückgehaltenen Leistungsgegenstandes dem Verpflichteten oder dem obligatorisch Berechtigten zu. Zu dieser Frage sind die neueren zivilrechtlichen Erkenntnisse [464] in der dogmatischen Erfassung des subjektiven Rechts [illegible] bar zu machen.

SCHMIDT [465] erkennt als Inhalt der Berechtigung [illegible] berechtigung" und "Vermögensberechtigung" [466]. Die Aktionsberechtigung ist die Berechtigung zur ausschließlichen Vornahme von Handlungen in einem bestimmten Regelungsbereich, die Vermögensberechtigung die Berechtigung zur ausschließlichen Inanspruchnahme von Vermögenszuweisungen im gleichen Regelungsbereich [467].

Bedeutsam für das aufgeworfene Problem sind allein die Aussagen der Vermögensberechtigung. In der Vermögensberechtigung ist der Berechtigte Bezugssubjekt einer Vermögenszuweisung [468]. Der Berechtigte hat das Recht,

---

464) vgl. die Abhandlungen Kaspers und Schmidts

465) S. 53 ff.

466) Die Vermögensberechtigung deckt sich mit dem "Zuweisungsgehalt" subj. Rechte auf dem Gebiet des subjektiven Rechts, vgl. Schmidt S. 67 Fußn. 111 unter Hinweis auf die Zivilrechtsliteratur

467) Schmidt S. 54 (2.111)

468) Schmidt S. 57 (2.120)

daß ihm der Vermögenswert des Sachverhaltsbereichs rechtens zukommt. Er darf diesen Wert beanspruchen (nicht in dem Sinn, daß er etwas "verlangen" kann - das wäre ein Handelndürfen -, sondern in dem Sinne, daß der Wert ihm "gebührt") [469]. Die Antwort für die eingangs gestellte Frage heißt also: Der Vermögenswert des geschuldeten zurückgehaltenen Leistungsgegenstandes ist ausschließlich dem obligatorisch Berechtigten zugewiesen [470]. Schließlich ist die Forderung pfändbar und daher Vollstreckungsobjekt der Gläubiger des obligatorisch Berechtigten [471]. Als Schlußfolgerung ergibt sich: Realisiert der Gläubiger eigenmächtig seinen Anspruch, mißachtet er nicht die Vermögensberechtigung, sondern allein die Aktionsberechtigung, die Berechtigung zur ausschließlichen Vornahme von Handlungen. Das Unrecht der Bereicherungsdelikte als Vermögens- und Vermögensverschiebungsdelikte (und nicht als Delikte zum Schutz der Dispositionsfreiheit oder von Treu und Glauben) wird so nicht verwirklicht. In Betracht kommt unter Umständen eine Bestrafung aus § 240 oder aus § 267.

Unzulässig wäre in diesem Zusammenhang die Argumentation, die Eigenmacht des Gläubigers würde wegen § 123 BGB die Vermögensberechtigung zunichtemachen, weil die Erklärung der Anfechtung einen "Anspruch" auf Rückgewinnung der ungeschmälerten Grundposition eröffne. Dieser Gedankengang besticht. Zu bedenken ist

---

469) Schmidt S. 57 (2.1211)

470) Nach Wieacker DtRW 1941 S. 49 (61 ff.) ist die Forderung Gegenstand unmittelbarer Vermögensordnung, vgl. dazu auch Kasper S. 138 ff., und die dort wiedergegebene Zivilrechtsliteratur (v.Caemmerer, Esser, Müller-Freienfels, Westermann)

471) Darauf verweist zu Recht Wieacker DtRW 1941 S. 49 (61). - Ein weiteres Beispiel dafür, daß der geschuldete Leistungsgegenstand als Vermögenswert bereits dem Vermögensbereich des Gläubigers zugewiesen ist, ist die Abtretbarkeit der Forderung gemäß § 398 BGB

aber, daß die Anfechtung als "Aufhebungsrecht" in der Willensmacht des Betroffenen steht [472]. Die arglistige Täuschung oder die widerrechtliche Drohung selbst sind ohne rechtliche Auswirkung. Die durch Eigenmacht erlangte Leistung auf eine Forderung läßt den Anspruch untergehen. Das bedeutet: Die arglistige Täuschung und die widerrechtliche Drohung in § 123 BGB sind nicht verboten, weil das Recht etwa den in geschilderter Weise erlangten Vermögenspositionen seinen Schutz versagen würde. Die Anfechtungsmoglichkeit sichert allein die Reinheit des Rechtsverkehrs (deren Wahrung dem betroffenen Überlassen bleibt), genauer: die Verpflichtungsfreiheit - Freiheit zur Begründung eines "Leistungssollens" - und die Verfügungsfreiheit - Freiheit zur Aufhebung, Übertragung und Lockerung von "Haben-Positionen" [473]. Entschließt sich der Getäuschte oder Bedrohte zur Anfechtung, besteht die Vermögensberechtigung des Gläubigers gleichwohl weiter fort und wird nicht unterlaufen. Insoweit spielt auch keine Rolle, ob der in Anspruch genommene Anfechtungsgegner sich auf den Satz "dolo facit qui petit quod redditurus est" [474] berufen kann oder nicht. Seine Vermögensberechtigung steht weiter außer Zweifel.

Mit diesen Erwägungen ist der Nachweis erbracht, daß die eigenmächtige Anspruchsrealisierung der Vermögensordnung, aufgestellt als Zuordnung der Vermögenswerte, nicht widerstreitet. Dieser Sachverhalt unterfällt daher nicht dem Unrecht der Bereicherungsdelikte. Der Grenzziehung des Unrechts des Betruges und der Erpressung in diesem Bereich dient der Begriff der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung".

Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung läßt sich demnach

---

472) Kasper S. 29 f.

473) zu diesen Begriffen, zum Wechselverhältnis der Grundpositionen eines "Habenstatus" und "Sollensstatus" und allgemein zum System des subjektiven Rechts vgl. die Ergebnisse Kaspers S. 161 f. aufgrund seiner eingehenden Begriffsanalyse des subjektiven Rechts

474) D 44, 48; D.50, 17; D 173, 3

wie folgt definieren:

> Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung ist gegeben, wenn der Übergang des Vermögenswertes der Vermögensordnung widerstreitet.
>
> Umgekehrt fehlt die Rechtswidrigkeit der Bereicherung, wenn der Übergang des Vermögenswertes der Vermögensordnung entspricht.

Hierbei ist zu beachten:

1. Die Vermögensordnung ist auffaßbar als Zuweisungsordnung von Vermögenswerten. Der Anspruch auf einen Vermögensgegenstand enthält zugleich die materielle Zuweisung des Vermögenswertes an den Anspruchsberechtigten. Es kommen sowohl Ansprüche aus dem Zivilrecht wie aus dem Öffentlichen Recht [475] (z. B. Entschädigung) in Betracht.

2. Die Zuordnung des Vermögenswertes am einzelnen Vermögensgegenstand ist, wie oben gezeigt [476], nicht identisch mit der Festlegung der Herrschaftsbefugnis oder der Verfügungsbefugnis über diesen Gegenstand. Der geschuldete Vermögensgegenstand ist noch Teil des Vermögensbestandes des Anspruchsverpflichteten; der Vermögenswert dieses Gegenstandes gebührt jedoch dem Anspruchsberechtigten.

3. Ob der Übergang des Vermögenswertes der Vermögensordnung entspricht, entscheidet sich allein danach, ob dem Täter

---

475) vgl. BGHSt 19, 206 (Erschleichen der bevorzugten Zuteilung von VW-Aktien), BGH GA 1966 S. 52 (Wiedergutmachungsanspruch), BGH-U. v. 2.9.1954 - 1 StR 342/54 - mitgeteilt in LK 8. Aufl. § 263 Anm. 7 (Entschädigung wegen angeblich unschuldig erlittener Untersuchungshaft); ebenso wie der Text Birch Krim 1962 S. 181 ff., 227(228), Lackner-Maassen § 263, 9b, Schönke-Schröder § 263 -Anm.118 f,Schröder JR 1966 S. 471 (472)

476) vgl. oben S. 122 ff.

im Zeitpunkt der Vermögensverfügung der Vermögenswert des Handlungsgegenstandes gebührt. Diese Prüfung ist unabhängig von der Frage, ob die beabsichtigte Bereicherung des Täters zu einem legalen Haben führt. Häufig ist das Ergebnis einer eigenmächtigen Anspruchsdurchsetzung ein legales Haben, notwendig ist dies jedoch nicht. Leistet der Schuldner aufgrund einer List oder Gewalteinwirkung des Gläubigers auf die bestehende Verbindlichkeit, ohne dabei eine Willenserklärung abzugeben, ist die erbrachte geschuldete Leistung trotz der Eigenmacht des Gläubigers nicht zurückzugewähren [477]. Ist demgegenüber etwa der Schuldner durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung zur Abgabe einer Übereignungserklärung in Erfüllung seiner Übereignungsverpflichtung (z.B. aus einem Kaufvertrag) bestimmt worden, kann die Anfechtung der Übereignungserklärung möglicherweise, soweit nicht der Grundsatz "dolo facit qui petit quod redditurus est" [478] eingreift, zur Rückübereignung der abgelisteten oder abgenötigten Sache verpflichten. Gleichwohl nimmt die eigenmächtige Anspruchsdurchsetzung auch in diesem Fall, obwohl der Wertersatz möglicherweise nicht zu einem legalen Haben führt, der erstrebten Bereicherung die Rechtswidrigkeit, da der Vermögenswert des übereigneten Gegenstandes dem Anspruchsberechtigten gebührt.

4. Führt die erstrebte Bereicherung nicht zu einem legalen Haben, ist dies freilich ein Indiz dafür, daß der Übergang des Vermögenswertes der Vermögensordnung (i.S. der Zuordnung von Vermögenswerten) widerstreitet. Dies zeigt sich in der Behandlung der

---

477) Im Einzelfall kann ein Rückgewährungsanspruch aus §§ 823, 826 BGB gegeben sein.

478) D 44, 48; D 50, 17; D 173, 3; vgl. Fußn. 474

unvollkommenen Verbindlichkeiten. Während die freiwillige Leistung etwa des Ehemäklerlohnes oder der Spielschuld nicht zurückgefordert werden kann [479], ist die Zahlung infolge einer List oder Drohung im Ergebnis rückgängig zu machen und daher auch eine vom Vermögensrecht nicht gerechtfertigte Vermögensverschiebung. Das heißt: der Begünstigte darf die Erfüllung der Naturalobligation [480] zwar nicht fordern, aber die freiwillige Leistung behalten. Der Vermögenswert der Naturalobligation ist jedenfalls dem Begünstigten noch nicht zugeordnet, solange der "Verpflichtete" nicht freiwillig erfüllungsbereit ist. Fehlt die Erfüllungsbereitschaft, widerstreitet folglich die abgelistete oder abgenötigte Leistung auf die Naturalobligation der Vermögensordnung, so daß von der Rechtswidrigkeit der Bereicherung auszugehen ist. In den seltenen Fällen allerdings, in denen der Täter zwar infolge einer List, aber dennoch in Kenntnis seiner Nichtverpflichtung leistet, liegt kein strafbarer Betrug vor. Wenn beispielsweise die Zahlung der Spielschuld durch die unwahre Behauptung erschlichen wird, andere Spieler, hinter denen der Spielschuldner nicht zurückstehen kann oder will, hätten bezahlt, fehlt der funktionale Zusammenhang zwischen Täuschung und Schaden [481], so daß der Betrug als ein Delikt unbewußter Selbstschädigung (des Vermögens) nicht verwirklicht sein kann [482].

---

479) Soergel-Mormann § 656 Bem. 5, § 762 Bem. 5

480) Der Streit, ob Ehemäklervereinbarungen und Spielabreden erfüllbare, aber nicht einklagbare Naturalobligationen erzeugen oder sich als Erwerbsgrund für die freiwillige Leistung darstellen, braucht hier nicht entschieden zu werden, vgl. Soergel-Mormann § 656 Bem. 3

481) vgl. Fußn. 41 und 463

482) Daher hätte in der Entsch. RGSt 21, 107 Betrug verneint werden müssen. Die Täuschung über die Gewinnaussicht ist unbeachtlich; die Getäuschten leisteten in Kenntnis ihrer Nichtverpflichtung

5. Die eigenmächtige Anspruchsdurchsetzung nimmt der erstrebten Bereicherung die Rechtswidrigkeit nur, wenn dem Anspruch ein rechtlich aktuelles Leistensollen entspricht. Ein Leistenkönnen, wie bei der Naturalobligation, reicht, wie vorstehend gezeigt, nicht aus. Nur wenn dem Gläubiger ein vollgültiges Recht zur Seite steht, ist der Vermögenswert des geschuldeten Leistungsgegenstandes unbeschränkt dem Anspruchsberechtigten zugewiesen. Der Anspruch muß also zunächst einmal entstanden sein und noch fortbestehen. Das formlose Schenkungsversprechen etwa begründet noch kein Recht auf den Schenkungsgegenstand [483]. Die freiwillige [484] Leistung des versprochenen Schenkungsgegenstandes bewirkt die Heilung des Formmangels und läßt erst die vollkommene Verbindlichkeit entstehen [485]. Erlangt also der Begünstigte den versprochenen Schenkungsgegenstand aufgrund einer Täuschung oder Nötigung, liegt, soweit nicht ein strafbefreiender Irrtum [486] anzunehmen ist, Betrug beziehungsweise Erpressung vor. Des weiteren muß der Anspruch unbedingt, fällig und einredefrei [487] sein. Bei Realisierung eines nicht vollgültigen Anspruches ist die Rechtswidrigkeit der Bereicherung gegeben. Allerdings fehlt in den Fällen, in denen der Schuldner zwar infolge einer List, aber dennoch in Kenntnis seines Leistungsverweigerungsrechts leistet, der notwendige funktionale Zusammenhang zwischen Täuschung und Schaden [488].

6. Wird ein der Vermögensordnung nicht widerstreitender Übergang von Vermögenswerten erstrebt, fehlt die Rechtswidrigkeit der Bereicherung auch, wenn unselbständige wirtschaftlich wertvolle Vermögensbestandteile [489], die der erstrebten Wertüberführung dienen und diesen Übergang erleichtern sollen, erreicht werden. Beispiele

483) Soergel-Schmidt vor § 241 Bem. 7 a.E.
484) Soergel-Ballerstedt § 518 Bem.15; Palandt-Putzo § 518. 5
485) Soergel-Schmidt vor § 241 Bem. 7 a.E.
486) vgl. unten S. 207
487) vgl. Fußn. 412-494
488) vgl. oben S.120 und Fußn. 481
489) ebenso Otto S. 226 f.,Pröll GA Bd.67 S.109(110 f.)

sind die Erlangung einer wirtschaftlich wertvollen Aufrechnungsmöglichkeit mit dem Ziel der Befriedigung eines zum Beispiel betrittenen Anspruches durch Aufrechnung oder die Verschaffung eines deklaratorischen Beweismittels für eine schwer erweisliche Forderung.

7. Will der Gläubiger sich über ein anderes Rechtsgeschäft für seine Forderung bezahlt machen, ist zu differenzieren. Die Verschaffung eines "aliuds" läßt die Rechtswidrigkeit der Bereicherung nicht entfallen, auch wenn der Gläubiger seine gleich hohe Forderung nicht geltend macht, da der Vermögenswert eines "aliuds" dem obligatorisch Berechtigten nicht zugewiesen ist. Veranlaßt der Gläubiger den Schuldner durch List oder Nötigung zum Eingehen einer Wechselverbindlichkeit, ist entscheidend, ob ein Bezug zur zugrundeliegenden Schuld besteht. Der erfüllungshalber gegebene Wechsel dient der Anspruchsbefriedigung; die Hingabe dieses Wechsels führt nicht zu einem der Vermögensordnung widerstreitenden Übergang des Vermögenswertes. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die nachfolgende Falllösung unter 3. Gruppe (4) und (5) verwiesen.

8. Zum Verständnis des Begriffes "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" ist abschließend nochmals hervorzuheben, daß Bezugspunkt allein die Vermögensordnung ist. Die Ordnungswidrigkeit des Mittels zur Erlangung des Vermögensvorteils ist für diesen Begriff ohne Bedeutung [490].

---

490) vgl. dazu auch Nagler in v. Frank-Festausgabe (1930) S. 339(343): Die Rechtsordnung könne bei der Bewertung eines Vorganges das wirtschaftliche Ergebnis (Vermögensverschiebung) billigen - und zugleich die Handlungsmodalität wegen Anstößigkeit verwerfen

3. Anwendung der Definition der Rechtswidrigkeit der Bereicherung auf Problemsachverhalte

Die gefundene Begriffsbestimmung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung ist in ihrer Praktikabilität am Fallmaterial der eingangs erwähnten Problemsachverhalte zu erproben. Zugleich sind Übereinstimmungen und Unterschiede zu anderen Lösungsversuchen darzustellen.

(1) Das Erschleichen oder Abnötigen der Leistung auf eine Forderung, der ein rechtlich aktuelles Leistensollen entspricht, führt, soweit nicht schon der Schaden wegen Ausgleichs der Schuldbegleichung durch Schuldbefreiung entfällt[491], nicht zur Rechtswidrigkeit der Bereicherung. Dies gilt jedoch nur, soweit der Anspruch unbedingt [492], fällig [493], einredefrei [494] und rechtswirksam [495] ist. Eine Besonderheit ergibt sich, wenn der Anspruch nicht vollgültig ist und der Schuldner zwar infolge der List, aber in Kenntnis des Leistungsverweigerungsrechts leistet. Dann fehlt der funktionale Zusammenhang zwischen Täuschung und Schaden, so daß der Betrug als ein Delikt unbewußter Selbstschädigung nicht verwirklicht ist [496].

---

491) zum Prinzip des Schadensausgleichs vgl. S. 84 ff.

492) RG DR 1942 S. 1786 Nr. 12

493) implizit angesprochen in RGSt 1, 318; ebenso Otto S. 229, Schönke-Schröder § 263 Anm. 125

494) Otto S. 229. Richtig RGSt 44, 203 (Nötigung zum Verzicht auf die Verjährungseinrede); Bockelmann in Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (378) versteht diese Entsch. falsch. Das RG verurteilte, weil der Täter keinen Anspruch auf Nichterhebung der Verjährungseinrede hatte

495) RGSt 1, 318;

496) Diesen Fall behandelt Otto S. 229 nicht.

Erlangt der Begünstigte in Selbsthilfe die Leistung auf eine Naturalobligation, ist das Merkmal "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" gegeben [497]. Zahlt der Getäuschte freilich in Kenntnis seiner Nichtverpflichtung, fehlt der notwendige funktionale Zusammenhang zwischen Täuschung und Schaden [498].

Verschafft sich der dinglich Berechtigte durch List oder Nötigung die eigene Sache vom unrechtmäßig und unredlich Besitzenden, entfällt nach der wirtschaftlichen Vermögenstheorie im Gegensatz zu den rechtlich-wirtschaftlichen Vermögenslehren [499] zwar nicht der Schaden, aber die Rechtswidrigkeit der Bereicherung [500].

Die hier vorgeschlagene Lösung der Fälle eigenmächtiger unmittelbarer Anspruchsdurchsetzung deckt sich mit der allgemeinen Meinung [501]. Dieser bleibt jedoch nicht der Vorwurf erspart, die Fälle der durch

---

497) Wird die Leistung auf eine Naturalobligation abgenötigt, liegt immer strafbare Erpressung vor, z.B. RG Recht 1911 Nr. 939 (Ehemäklerlohn). - RG Recht 1907 Nr. 835 geht - unverständlicherweise - von einem Rechtsanspruch auf das aufgrund erlaubten Spiels Geleistete und auf Verwertung dieser Forderung aus und verneint daher den Tatbestand der Erpressung. Demgegenüber bejaht das BGH-U. v. 29.9. 1967 - 5 StR 430/67 - mitgeteilt bei Dallinger MDR 1968 S. 16(18) die Rechtswidrigkeit der Bereicherung und verneint lediglich den Erpresservorsatz, wenn der Täter glaubt, eine Wettschuld sei eine (erzwingbare) Verbindlichkeit.
Bockelmann in Mezger-Festschrift (1954) S. 363 (380) und Welzel NJW 1953 S. 652 leugnen im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht in allen Fällen der eigenmächtigen Eintreibung einer Naturalobligation Betrug und Erpressung

498) Dieser Differenzierung dürften auch - von einem anderen Ansatz her - Schönke-Schröder § 263 Anm. 127 zustimmen. In der Tat ist, wenn nicht wie hier bereits schon der obj. Tatbest. des Betruges wegen des fehlenden Zusammenhangs zwischen Täuschung und Schaden abgelehnt wird, das Ablisten der Leistung auf eine Naturalobligation von einem Erfüllungsbereiten nicht eine rechtswidrige Vermögensverschiebung, vgl. dazu oben S.127

499) vgl. oben S. 71 und Fußn. 287

500) Petters-Preisendanz § 263 VI 4 a.E.

501) Einig ist man sich in der Straflosigkeit der eigenmächtigen Anspruchsrealisierung. Bockelmann in Mezger-Festschrift (1954) S. 363(380) und Welzel § 54 I b -S.375- leugnen den Schaden, während Maurach BT § 38 II C 2 -S.329-m.w.N. und Mezger-Blei II § 58 VI 2 -S.200- zwar nicht den Schaden, aber die Rechts-

List erreichten Leistung auf eine fällige, einredebehaftete Forderung und auf eine Naturalobligation nicht eingehender beleuchtet zu haben.

(2) Die Verschaffung eines deklaratorischen Beweismittels für eine bestehende [502] Forderung durch Täuschung oder Zwang bewirkt zwar in der Regel eine dem rechtlich begründeten Übergang eines Vermögenswertes dienende Verbesserung der Vermögensposition zu Lasten des Opfers. Das Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" ist aber nicht gegeben.

Dieses Ergebnis wird neuerdings im Gegensatz zur Rechtsprechung des Reichsgerichts einmütig vertreten [503].

Ist Ziel die Abwehr einer nicht bestehenden Forderung, ist unter Zugrundelegung des rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriffs ein Vermögensschaden nicht aufzeigbar [504].

(3) Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für den Prozeßbetrug zwecks Erreichung eines der materiellen Rechtslage entsprechenden Urteils [505].

(4) Sucht der Gläubiger die Befriedigung seines Anspruches über ein anderes Rechtsgeschäft, [illegible] differenzieren.

---

502) Strafbarer Betrug oder strafbare Erpressung sind das Erschleichen oder Abnötigen einer Schuldurkunde für eine nicht oder nicht in dieser Höhe bestehende Forderung, RGSt 1, 205, RG GA Bd 44 S. 396, RG JW 1927 S. 3[illegible] m. Anm. Grünhut, [illegible] 1928 S. [illegible]. Die Ablehnung des Vermögensschadens in RG JW 1930 S. 922 überzeugt nicht, vgl. die Anm. Grünhut ebenda und oben Fußn. 405

503) vgl. zum Wandel der RsprM oben S. 102 ff und zu den älteren RG-Entsch. Fußn. 405

504) BGHSt 20, 136, vgl. dazu S. 90 ff.

505) BGHSt 3, 160 unter Aufgabe der RsprM des Reichsgerichts, vgl. oben S. 104 ff.

Erstrebt der Gläubiger durch Täuschung eine Kompensationsmöglichkeit zur Realisierung seines Anspruches durch Erklärung der Aufrechnung, sind die Grundsätze zum "Beweismittelbetrug" (Gruppe (2)) und zum "Prozeßbetrug" (Gruppe (3)) anwendbar [506]. Die Kompensationsmöglichkeit mag wirtschaftlich wertvoll sein (etwa weil so die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit zur Verwirklichung eines bestrittenen Anspruches durch Aufrechnung geschaffen wird), ist jedoch eine unselbständige Vermögensposition. Im übrigen ist die (rechtlich zulässige) Aufrechnung ein legitimes Mittel der Anspruchsbefriedigung. Das Ablisten von Kaufware oder eines Darlehens [507] ist grundsätzlich gleich zu behandeln; für den sogenannten "Handkauf" kann die Aufrechnung konkludent ausgeschlossen sein.

---

506) RGSt 57, 370 = JW 1925 S. 1499 m. zust. Anm. Hegler bejahte die Rechtswidrigkeit der Bereicherung beim Abschwindeln von Kaufware, um sodann gegen den Kaufpreisanspruch mit einer bestrittenen Forderung aufzurechnen. Die Entscheidung ist jedoch nur haltbar mit der Begründung, beim Handkauf sei die Aufrechnung konkludent ausgeschlossen, vgl. dazu Schröder DRiZ 1956 S. 69(71) und zustimmend Otto S. 230 Fußn. 471.
RGSt 77,184 = DR 1944 S. 154 bejahte (unzutreffend) die Rechtswidrigkeit der Bereicherung beim Abschwindeln eines Darlehens zum Zwecke der Befriedigung einer begründeten Forderung, verlangte aber eine sorgfältige Prüfung der inneren Tatseite, zustimmend Maurach BT § 38 C 2 -S.329-, richtig dagegen nunmehr BGH NJW 1953 S. 1479 (zustimmend Schröder DRiZ 1956 S. 69(71); ebenso schwBGE 81 IV 25 (28),zustimmend Birch Krim 1962 S. 181 ff.,227 ff., 277 ff.,329 ff.(329) und Noll SchwZStR 71 (1956) S.148(150f.) In RG HRR 1942 Nr. 246 hätte Betrug verneint werden müssen. Der Täter hatte sich im Ergebnis eine Kompensationsmöglichkeit seines Honoraranspruches mit dem Rückforderungsanspruch des Honorarschuldners geschaffen; eine Bestrafung aus § 263 wäre nur möglich gewesen, falls die Honorarforderung noch nicht fällig war. Von den in RG HRR 1942 Nr. 246 in Bezug genommenen Entsch. betrifft RGSt 60,294 einen anderen Sachverhalt, während in RG JW 1938 S. 1316 Nr. 9 der Sachverhalt nicht genau mitgeteilt wird.

507) Vgl. die uneinheitliche Rspr in RGSt 57, 370; 77, 184 und BGH NJW 1953 S. 1479 und dazu die vorstehende Fußn.

Erlangt der Täter durch List ein "aliud", ist nach der hier vertretenen Auffassung die Rechtswidrigkeit der Bereicherung auch dann nicht zu verneinen[508], wenn der Täter eine gleich hohe Forderung nicht mehr geltend machen wird. Tauscht der Täter derart, daß der Getäuschte vom Bestehen einer nicht gegebenen Anspruchsgrundlage ausgeht und auf diesen Anspruch leistet, erhält der Täter einen Vermögensgegenstand, dessen Vermögenswert diesem mangels eines Anspruchs auf diesen Gegenstand nicht gebührt. Daran ändert auch nichts, daß der Täter aus einem anderen Rechtsgrund einen entsprechenden Vermögenswert beanspruchen könnte. Forderungen sind keine bloßen Rechnungsgrößen mit beliebiger Vertauschbarkeit [509]. Denkbar ist freilich der seltene Fall, daß der Täter infolge einer List ein "aliud" erlangt, jedoch zugleich auf eine gleich hohe Forderung gegen den Getäuschten verzichtet. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten kann - und dies ist eine Frage des Einzelfalls - der sofort erklärte Erlaß eines bestehenden Anspruches den Verlust durch Hingabe eines nicht geschuldeten "aliuds" wertmäßig aufwiegen.

(5) Die schon wiederholt aufgezeigte Überlegung, daß die auf die Anspruchsbefriedigung abzielende Handlung des Gläubigers nicht zu einem im Widerspruch zur Vermögensordnung stehenden Übergang des Vermögenswertes führen kann, da der Vermögenswert des Anspruchsgegenstandes dem obligatorisch Berechtigten zugeordnet ist, weist

---

508) vgl. RGSt [illegible], 194; OLG Oldenburg NiedersRpfl 1954 S. 133 f; OLG Celle NiedersRpfl 1963 S. 239; vgl. auch RGSt 64, 342 (346 f.) unter Hinweis auf das nicht veröffentl. RG-U. v. 9.5.1930 - I 366/30 -. Von dem hier eingenommenen Standpunkt aus ist den Entsch. BGH-U. v. 11.10.1955 - 2 StR 164/65 - mitgeteilt bei Dallinger MDR 1956 S. 9(10), OLG Bremen NJW 1962 S. 2314 (2315) nicht zuzustimmen. - Nicht klar ist, wie Otto S. 230 die a.a.O. unter a) cc) und c) behandelten Fälle auseinanderhalten will

509) Schröder DRiZ 1956 S. 69(70)

auch den Weg zur Lösung der in Gruppe (5) zusammengefaßten Fälle, in denen der Schuldner sich infolge einer List des Gläubigers neben der zugrundeliegenden Schuld [510] in einem abstrakten Schuldverhältnis verpflichtet. Nimmt der Gläubiger den aufgrund einer Täuschung oder Nötigung vom Schuldner unterzeichneten Wechsel zum Zwecke der Schuldentilgung erfüllungshalber an, ist das Merkmal "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" nicht gegeben [511]. Der erfüllungshalber gegebene Wechsel, aus dem der Gläubiger zunächst Befriedigung zu suchen hat, dient der Anspruchsrealisierung. Veranlaßt demgegenüber der Gläubiger durch Täuschung den Schuldner zum Eingehen einer Wechselverbindlichkeit ohne Bezug zu einer daneben bestehenden Schuld und nimmt der Gläubiger diesen Wechsel auch nicht erkennbar als Erfüllung (§ 364 BGB) an, ist dieser Fall mit der Verschaffung eines "aliuds" vergleichbar und die Rechtswidrigkeit der Bereicherung zu bejahen [512]; diese Situation liegt zum Beispiel vor, wenn dem Getäuschten die Übernahme einer wechselmäßigen **Haftung** verheimlicht wird.

---

510) Auszuscheiden haben die Fälle, in denen eine verpflichtende Schuldurkunde oder ein Wechsel für eine nicht oder nicht in dieser Höhe bestehende Forderung erschlichen oder abgenötigt wird, vgl. z.B. RG JW 1904 S. 582 Nr. 24, RG JW 1928 S. 411, RG HRR 1931 Nr. 1197 (Erschleichen eines Blankoakzepts); vgl. insoweit auch RGSt 51, 166; 64, 226 (228): beide Urteile bejahen Betrug zu Lasten des Akzeptanten bei abredewidriger Ausfüllung eines Blankoakzepts

511) vgl. BayrObLGSt 1955, 3 ff. und dazu Schönke-Schröder § 263 Anm. 126

512) Dieser Gesichtspunkt gibt eine tragfähige Grundlage für die Entsch. RG HRR 1928 Nr. 1537 (Vorlegung eines Wechsels zur Unterschrift mit dem Bemerken, es handele sich um eine Bestätigung der durch den Kaufvertrag übernommenen Verpflichtung) und RGSt 66, 409 (Vorlegung von Wechselurkunden zur Unterschrift mit dem Bemerken, es handele sich um die den Firmenbetrieb erleichternde vorherige Ausfüllung von Quittungen bezüglich der Kaufpreisraten)

Wird ein abstraktes Leistungsversprechen oder Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781 BGB) vom Gläubiger abgelistet oder abgenötigt, ist in gleicher Weise zu differenzieren. Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung ist nicht gegeben, wenn der Gläubiger das abstrakte Leistungsversprechen oder Schuldanerkenntnis an Erfüllungs Statt (§ 364 I BGB) oder zur Erleichterung der Rechtsverfolgung erfüllungshalber (§ 364 II BGB) annimmt. Fehlt der Bezug zu dem daneben bestehenden Schuldverhältnis, liegt wie bei der Verschaffung eines "aliuds" die Rechtswidrigkeit der Bereicherung vor.

Die gefundene Begriffsbestimmung der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" erweist sich in der Anwendung auf die Problemsachverhalte als praktikabel und ermöglicht durch eine sachgerechte Differenzierung in Zweifelsfällen befriedigende Lösungen.

4. Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Rechtfertigungen

Zu klären bleibt nur noch, ob bestimmte Rechtfertigungssituationen von dem Merkmal der Rechtswidrigkeit der Bereicherung erfaßt werden oder erst auf der Stufe der Deliktsrechtswidrigkeit Bedeutung erlangen. Unter diesem Blickwinkel sind insbesondere die Einwilligung und der Aggressivnotstand (§ 904 BGB) zu untersuchen.

a) Einwilligung

Eine Einwilligung in Hinsicht der Bereicherungsdelikte würde sich - dem Inhalt nach - als freiwillige und ernstliche [513] Aufgabe eines Vermögensrechtes darstellen. Da auch ein Vermögensgegenstand bewußt aus dem Güterbereich des bisherigen

---

513) Mezger-Blei I § 38 II 1 -S.125-. Eine erschlichene oder an einem Willensmangel leidende Einwilligung ist von vornherein strafrechtlich irrelevant, Maurach AT § 28 I 2 b -S.343-

Vermögensträgers entlassen wird, um in einen fremden Vermögenskreis überführt zu werden, scheint nahe zu liegen, die Rechtswidrigkeit der Bereicherung abzulehnen und die derart ausgerichtete Einwilligung als sogenanntes (tatbestandsausschließendes) Einverständnis anzusehen. Jedoch folgt aus der Natur der Einwilligung als Ergebnis einer durch unlautere Mittel unbeeinflußten Entschließung [514], daß dieser Rechtfertigungsfall im Bereich der Erpressung nicht möglich ist [515]. Darüberhinaus wird nach der hier vertretenen Auffassung des Betruges als eines Deliktes unbewußter Selbstschädigung [516] der Tatbestand des § 263 nicht erfüllt, wenn ein Vermögenswert willentlich in Kenntnis der vermögensmindernden Wirkung aufgegeben wird.

Die aufgeworfene Frage entsteht also gar nicht im Zusammenhang der (nicht denkbaren) Einwilligung.

b) Aggressivnotstand, § 904 BGB

Dient ein Täterverhalten dem Schutz eines höherwertigen Gutes unter Verletzung eines geringerwertigen [517] Gutes, rechtfertigen unter noch näheren, hier nicht im einzelnen genannten Voraussetzungen der übergesetzliche Notstand und, soweit die Verletzungshandlung gegen fremdes Eigentum gerichtet ist, der Aggressivnotstand des § 904 BGB [518]. Das ist unbestritten.

Hier taucht aber die Frage auf, ob nicht der in der Notstandssituation des § 904 BGB herbeigeführte Übergang eines Vermögenswertes der Vermögensordnung entspricht. Das ist abzulehnen. § 904 BGB schränkt (ähnlich wie § 228 BGB) die aus dem Eigentum fließende Befugnis ein, andere von jeder

---

514) BGHSt 16, 309

515) so auch Mohrbotter GA 1967 S. 199(209): die "Einwilligung" werde erzwungen

516) Nachw. in Fußn. 41 und 463

517) Bei Kollision rein wirtschaftlicher Interessen ist entgegen Mohrbotter GA 1967 S. 199(208) der Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstandes denkbar.

518) Beispielsfälle oben S. 11 und Fußn. 39

Einwirkung auf eigene Sachen auszuschließen [519].
§ 904 BGB normiert einen "Aufopferungstatbestand" [520].
Rechtsfolge ist der Schadensersatzanspruch des § 904 Satz 2 BGB. Die im Zivilrecht statuierte Ersatzpflicht weist den richtigen Weg zur Lösung des anstehenden Problems. § 904 BGB regelt nicht eine geduldete Überführung eines Vermögenswertes, sondern verleiht die ausnahmsweise Befugnis, zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr und zur Verhinderung eines dadurch drohenden unverhältnismäßig hohen Schadens auf eine im fremden Eigentum stehende Sache [illegible] eigenmächtige Veränderung eines fremden Vermögenskreises. Der Eigentümer muß nur die eigenmächtige Einwirkung erdulden, nicht den erlittenen Wertverlust. Zum Ausgleich der nachteiligen Folgen der Einwirkung erwächst dem Geschädigten ein Ersatzanspruch (§ 904 Satz 2 BGB). Von zweitrangiger Bedeutung ist insoweit die in der Zivilrechtslehre umstrittene Frage einer Begünstigtenhaftung [521] oder einer Haftung des Einwirkenden [522].

Der in der Notstandssituation des § 904 BGB herbeigeführte Übergang eines Vermögenswertes widerstreitet der Vermögensordnung. Gerechtfertigt ist allerdings die Handlungsweise, so daß die Deliktsrechtswidrigkeit entfällt.

c) Schlußbetrachtung

Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung in den §§ 253, 263 ist von der Rechtswidrigkeit der Handlungsmodalität zu trennen. Dies verdient festgehalten zu werden. Die unterschiedlichen Rechtswidrigkeitsurteile basieren auf unterschiedlichen Kriterien. Für die Rechtswidrigkeit der Berei-

---

519) Soergel-Siebert-Baur § 904 Anm. 1

520) eingehend Konzen S. 107

521) so Konzen S. 108 ff. m.w.N. der neueren Lehre unter ausführlicher Abwägung von pro und contra

522) mit der Möglichkeit, intern Ersatz vom Begünstigten zu verlangen, Erman-Westermann § 904, 6, Palandt-Degenhardt § 904, 3 b, Soergel-Siebert-Baur § 904 Anm.23

cherung ist allein relevant, ob der Übergang des Vermögenswertes der Vermögensordnung widerstreitet oder ihr entspricht. Die Deliktsrechtswidrigkeit beurteilt sich nach den Regeln der Rechtsfertigungslehre.

2. Abschnitt: Rechtswidrigkeit der Zueignung

I Das Problem

1. Problemaufriß und Frage einer Problemverwandtschaft zur Rechtswidrigkeit der Bereicherung

Die Zueignungsstrafbestimmungen enthalten den Satzteil "sich rechtswidrigk zuzueignen" [523] oder "sich rechtswidrig zueignet" [524]. Auch hier erhebt sich ähnlich wie beim Begriff der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" die Frage, welche Bewandtnis es mit dem Merkmal "rechtswidrig" in den Eigentumsdelikten auf sich hat. Naheliegend ist der Bezug zur Zueignung. So ist das Merkmal "rechtswidrig" in der Verbindung zur Zueignung als "Rechtswidrigkeit der Zueignung" auch lange verstanden worden, wenn auch über den Inhalt dieses Begriffes keine allgemeine Klarheit bestand.

In die Diskussion ist jedoch neuestens durch HIRSCH [525] die Version hineingetragen worden, daß in den Zueignungsstrafbestimmungen erwähnte Wort "rechtswidrig" betreffe

---

523) § 242, ebenso § 249. - Der E 62 ersetzt "rechtswidrig" durch "widerrechtlich", § 235 bzw. § 245 E 62, vgl. dazu Begr. S. 401

524) § 246, in § 240 E 62 "widerrechtlich" statt "rechtswidrig"

525) JZ 1963 S. 149 (155). Hirsch folgen Baumann, Diss. S. 53, 54, Kempf, Diss. S. 88 f., Welzel § 47, 3 -S.345-

einmal die Rechtfertigungsfrage und daneben auch bereits die Tatbestandsfrage und begrenze hier den Kreis der Zueignungen. Diese Auffassung bricht mit einer jahrzehntelang unangefochtenen Tradition in der Deutung der Rechtswidrigkeit in den §§ 242, 246 und gelangt zu einschneidenden Konsequenzen. Der strafrechtliche Zueignungsbegriff ist restriktiv auszulegen und erfaßt nur solche Verhaltensweisen, die im Widerspruch zur Eigentumsordnung stehen; das Merkmal "rechtswidrig" ist ein sogenanntes allgemeines Verbrechensmerkmal [526]. Damit steht nach dieser Ansicht nichts mehr im Wege, die eigenmächtige Zueignung einer geschuldeten Stück- oder Gattungssache als Eigentumsverletzung und strafbares Zueignungsdelikt zu qualifizieren [527] und so "der völligen strafrechtlichen Freigabe der eigenmächtigen Schuldeintreibung" [528] einen Riegel vorzuschieben.

---

526) Hirsch JZ 1963 S. 149(155) und die in vorstehender Fußn. Genannten, vgl. auch Bockelmann Niederschriften Bd. 6 S. 16 f.

527) soweit eben nicht ein Aneignungsrecht [illegible] ein [illegible]kannter Rechtfertigungsgrund (etwa § 229 BGB) in Frage kommt. Weitere Voraussetzung ist ferner, daß die Anspruchsbeziehung nicht als Rechtfertigungsgrund angesehen wird, vgl. dazu etwa [illegible] S. [illegible] ff. Letztlich ist für das im Text dargestellte Ergebnis nicht die Qualifizierung der Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal verantwortlich, sondern auch eine bestimmte Erfassung des Zueignungsbegriffs. [illegible] ist etwa [illegible] der Ansicht [illegible] S. [illegible], "rechtswidrig" [illegible] [illegible], andererseits erfaßt [illegible] Zueignungsbegriff [illegible] die eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Maiwald S. [illegible] ff.

528) [illegible] - hatte der Täter ein Notiz[illegible] zur eigenmächtigen Schuldeintreibung [illegible], [illegible] Fälle eine Bestrafung aus § [illegible] angelehnt ist, § 240 eingreifen. Dies übersieht [illegible] ff., wie Hirsch JZ [illegible] S. 14[illegible] (150 l. Sp. o.) zu Recht bemerkt

Andererseits leugnet WELZEL [529], Verfechter dieser Meinung, einen Vermögensschaden, sobald der Gläubiger den säumigen Verpflichteten zur unfreiwilligen Tilgung der Schuld veranlaßt. Folglich entscheidet der schmale Grad zwischen Betrug und listigem Diebstahl und ebenso zwischen dem Nötigungsmittel und der Wegnahme [530] über die Strafbarkeit der eigenmächtigen Anspruchsrealisierung.

---

529) Welzel § 54 I 4 b -S.375- und NJW 1953 S. 652, vgl. oben S. 32 ff.

530) Instruktiv ist die Stellungnahme Welzels zu BGHSt 4, 105 (Die angeklagte Dirne hatte sich gewaltsam den Dirnenlohn verschafft. Sie wurde von der Anklage aus §§ 255, 253, 249, 250 wegen Vorsatzmangels freigesprochen, weil sie sich für anspruchsberechtigt hielt). Welzel § 55 I -S.381- stimmt der Entsch. im Ergebnis zu (Tatbestandsirrtum bezüglich des Vermögensschadens). Hätte die Dirne, statt die Aushändigung des Inhalts der Geldbörse durch Nötigung zu erzwingen, das Geld gewaltsam entwendet, wäre nach der Ansicht Welzels wegen Straßenraub zu bestrafen. Eine in der Tat schwerlich einzusehende Differenzierung! Umgekehrt ist der "Moos-raus"-Fall in BGHSt 17, 87 für Welzel § 47, 3 -S.346- Straßenraub, wäre aber gering abgewandelt (Nötigung statt Wegnahme) für Welzel keine schwere räuberische Erpressung.
Fürwahr wird so ohne einsehbaren Grund in vergleichbaren Fallkonstellationen nach zweierlei Maß gemessen. Rat an einen künftigen (Nicht-)Verbrecher: Schuldeintreibung die durch Wegnahme, aber durch Nötigung!
vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH GA 1969 S. 306: "So bereichert etwa ein Täter, der gegen einen anderen eine Geldforderung hat und diesem - gegen dessen Willen, wenn auch mit seiner Kenntnis - einen den Wert der Geldforderung nicht überschreitenden Geldschein wegnimmt, nicht sein Vermögen; trotzdem macht er sich des Diebstahls schuldig (RGSt 25, 172, 174)." Diese zum Fehlen der Bereicherungsabsicht in § 242 gegebene Begründung(!) erweckt - abgesehen davon, daß RGSt 25, 172 zitiert wird, als hätte es BGHSt 17, 87 nie gegeben - Zweifel bezüglich der implizit als selbstverständlich vorausgesetzten Differenzierung der Fälle eigenmächtiger Anspruchsrealisierung: im Falle von Täuschungs- oder Nötigungshandlungen keine Bestrafung aus den §§ 263, 253, im Falle der Wegnahme Betrafung aus § 242.

Die Diskussion berührt mithin die grundsätzliche Frage, ob etwa das Fehlen der Bereicherungsabsicht in den Zueignungsstrafbestimmungen [531] diese Differenzierung in der Behandlung der Fälle eigenmächtiger Anspruchsdurchsetzung bedingt. Jedenfalls verspricht die Beantwortung dieser Frage eine größere Klärung auch zum Verständnis der Rechtswidrigkeit in den §§ 242, 246 als der vage Hinweis [532], bei Erörterung dieses Begriffes sei die Problematik der Rechtswidrigkeit der Bereicherung eben wegen der unterschiedlich ausgerichteten inneren Tatseiten auszuklammern. Müßig scheint gerade der übergreifende Blick auf verwandte Problemstellungen den Weg zur richtigen Lösung. Die Aktualität des angeschnittenen Problems ist im übrigen unter Beweis gestellt, da neuerdings die "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" und die "Rechtswidrigkeit der Zueignung" unter übergeordneten Gesichtspunkten behandelt werden [533].

Die herrschende Ansicht begreift die Rechtswidrigkeit der Zueignung als Widerspruch zur Eigentumsordnung und verneint diesen bei eigenmächtiger Zueignung einer geschuldeten Individualsache. Sie gerät allerdings in eine Bedrängnis [534], will sie dem Gläubiger Straffreiheit attestieren, der eine der Gattung nach geschuldete Sache wegnimmt, auf die (eben) in concreto sein Übereignungsanspruch nicht gerichtet ist. Diese Problematik entsteht insbesondere auch bei der eigenmächtigen, durch ein Selbsthilferecht nicht gedeckten Eintreibung einer fälligen Geldschuld. Der insoweit vom Bundesgerichtshof [535] gesuch-

---

531) einhellige Ansicht, RGSt 2, 184(185); 25, 172; 57,[illegible]; BGH GA 1[illegible]9 S. [illegible] (allerdings mit wenig stichhaltiger Begründung; denn nicht immer entspricht die Schuldbefreiung der Schuldbegleichung, vgl. oben S. 90 und Fußn.346); Bockelmann JZ 1959 S. 495(496), LK 9. Aufl. § 242 Anm.45, Maurach BT § 26 III C 1 c) -S.209-, v. Olshausen § 242 Nr. 30, Schönke-Schröder § 242 Anm. 44, Wessels NJW 1965 S. 1153 (1154)

532) Hirsch JZ 1963 S. 149 (152, 153 Fußn. 34, 35), ebenso Kempf, Diss. S. 2 und insbes. S. 59 ff.

533) Mohrbotter GA 1967 S. 199 ff., Otto S. 212 ff.

534) vgl. dazu die Kritik Hirsch JZ 1963 S. 149 ff.

535) BGHSt 17, 87

te Ausweg durch Verlagerung der Problematik in den Bereich des Irrtums schafft Verwirrung und droht, die mühsam gezogene Grenze zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum [536] zu verwischen und so die für überwunden gehaltene (unglückselige) Differenzierung des Reichsgerichts zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtum [537] erneut, wenn auch in anderer Richtung, aufleben zu lassen [538]. Daher ist der Überlegung, Stück- und Gattungsschulden gleich zu behandeln [539], besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

2. Problemsachverhalte

Im Vordergrund der Untersuchung zur Rechtswidrigkeit der Zueignung stehen demnach folgende Problemsachverhalte.

(1) Der Täter eignet sich eine bestimmte fremde bewegliche Sache zu, auf die ein fälliger (Individual-)Anspruch gerichtet ist. In Betracht kommen zunächst Übereignungsansprüche, aber entuell auch Herausgabeansprüche [540]. Relevant ist ebenfalls der Verschaffungsanspruch auf den Nutzwert einer Sache.

---

536) BGHSt 2, 194

537) vgl. oben S. 39 und Fußn. 145

538) Baumann § 27 III 3 a. -S.427-

539) Dieses Anliegen verfolgt gerade auch Hirsch JZ 1963 S. 149 (152). Hirsch bezieht daher die eigenmächtige Verwirklichung eines Individual- wie eines Gattungsanspruches in die Zueignungsdelikte ein, ebenso Kempf, Diss. S 57 ff. und Welzel § 47, 3 -S.346-, während eine neuere Lehre die eigenmächtige Zueignung einer geschuldeten Individual- wie Gattungssache nicht als Zueignungsstraftat ansieht, vgl. (schon) Binding I S. 272 Fußn. 5, Maiwald S. 159 ff., Otto S. 225, differenzierend: Gribbohm NJW 1968 S. 240, Lackner-Maassen § 242, 5 c, Schönke-Schröder § 242 Anm. 57, 4 a, beschränkt auf Geldschulden LK 9. Aufl. § 242 Anm. 71, Nagler in LK 6.7.Aufl. § 259 Bem. II 2, Roxin in Mayer-Festschrift (1966) S. 467 (479)

540) An diese Differenzierung knüpfen Kohlrausch-Lange § 242 III 2 d unterschiedliche Konsequenzen bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung

Kennzeichnend für diese Gruppe ist der Anspruch des Täters auf ein <u>bestimmtes</u> Zueignungsobjekt.

(2) Die zweite Gruppe betrifft die eigenmächtige Zueignung einer geschuldeten Gattungssache oder Geldsumme.

Charakteristikum und Unterscheidungsmerkmal zur Gruppe (1) ist das besondere Zueignungsobjekt (Gattungssache, Geldsumme).

Die Gruppen (1) und (2) umschreiben die möglichen Fälle eigenmächtiger Anspruchsrealisierungen im Bereich der Zueignungsdelikte. Die Konstellation eigenmächtiger Anspruchsrealisierung gab Anlaß zur umfassenden Würdigung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung. Exponierter als für jenen Begriff tritt jedoch hier des weiteren das Problem auf, inwieweit Rechtfertigungssituationen Einfluß auf das Merkmal "rechtswidrig" in den §§ [illegible], [illegible] nehmen. Insoweit lassen sich folgende Fallgestaltungen [illegible]:

(3) Die Strafrechtslehre beschäftigte sich häufiger mit dem Fall der Zueignung von Früchten eines Grundstücks durch den Aneignungsberechtigten unter Bruch des Gewahrsams eines Dritten [541]. Dieser Sachverhalt mag freilich selten praktisch werden [542]. Weitere Aneignungsfälle sind aber: das Aneignungsrecht des § 910 BGB bezüglich des

---

541) Bockelmann Niederschriften Bd. 6 S. 16 (17), Hirsch JZ 1963 S. 149 (155), Kempf, Diss. S. 84, Otto S. 214. – Diesen Beispiel greift auch Maiwald S. 92 und S. 105 Fußn. 113 auf und betont insoweit die Relevanz der rechtlichen Willensbindung

542) Dies gestehen Hirsch JZ 1963 S. 149 (155) und Otto S. 214 ein

Überhanges [543], das Recht des Gläubigers auf unmittelbare Befriedigung durch Aneignung des verpfändeten Geldes nach Eintritt der Pfandreife [544], die Aneignung fremden Geldes aufgrund erlaubten Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) [545].

In diesem Zusammenhang zu nennen ist ebenfalls die Befugnis des Pfandgläubigers, nach Eintritt der Pfandreife den Verkaufsauftrag an den Versteigerer (§ 1235 I BGB) oder an den Handelsmäkler (§§ 1235 II, 1221 BGB) zu erteilen und so den Zueignungswillen bezüglich der (fremden) Pfandsache zu kontrahieren [546].

Eine bedeutsame Rolle spielt endlich die Einwilligung des Verfügungsberechtigten in die Zueignung [547].

---

543) Frank § 242 VII 2 b, LK 9. Aufl. § 242 Anm. 74, v. Olshausen § 242 Nr. 27 b) aa). In diesem Zusammenhang wird vielfach zu Recht auch die Befugnis zur Aneignung von im Freien betroffenen Tauben während der Frühjahrs- und Herbstbestellung genannt (Art. 130 EGBGB, PreußVO v. 4.3.1933 und 13.12.1934, Bayr VO v. 26.1.1930), vgl. Hirsch JZ 1963 S. 149(155 Fußn. 50), LK 9.Aufl. § 242 Anm. 74, LK 8.Aufl. Vorbem. D VIII vor § 242 m. RsprM. - Das ältere (nicht mehr geltende) Militärstrafrecht gestattete die Zueignung oder Beitreibung bestimmten Kriegsbedarfs unter näheren Voraussetzungen, § 129 Abs. 3 MStGB in der Fassung vom 10.11.1940 (RGBl I S. 1347). Das heutige WStG enthält keine dem § 129 Abs. 3 MStGB entsprechende Vorschrift, so daß die Diskussion, ob § 129 Abs. 3 MStGB den Zueignungsbegriff einengte, der Zueignung die Widerrechtlichkeit i.S. des Abs. 1 nahm oder die Strafbarkeit für einen Notstandsfall ausschloß, ihre Aktualität verloren hat. Zur irrtümlichen Annahme eines Beuterechts und einer Nichtablieferungspflicht vgl. RGSt 58, 308

544) OLG Hamburg Recht 1923 Nr. 349, vgl. auch RGSt 64, 88 zur Frage der Eigentumsverhältnisse an einer zur Sicherheit übergebenen Barkaution

545) Lackner-Maassen § 246, 6, vgl. hierzu und zum Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs LK 8.Aufl. Vorbem. D VIII vor § 242

546) Hirsch JZ 1963 S. 149(155)

547) vgl. v. Olshausen § 242 Nr. 27 b) bb). Die Einwilligung in die Zueignung wird freilich von der Einwilligung in die Wegnahme zu unterscheiden sein (bedeutsam für die sogen. "Diebesfalle"), Binding I S. 294, ders. Normen II, 2, S.1061, LK 9.Aufl. § 242 Anm. 72,77, Maurach BT § 26 III E -S.213-, Schönke-Schröder § 242 Anm. 38. Vgl. zum Einverständnis des zur Eigentumsübertragung Berechtigten mit der Zueignung RGSt 44, 41, zum mutmaßlichen Einverständnis als Voraussetzung der unrechtsausschließenden Ersatzbereitschaft RG DR 1941 S. 492 m. Anm. Boldt ebenda, zur irrtümlichen Annahme des Einverständnisses in die Wegnahme und der damit bezweckten Zueignung geringwertiger Gegenstände, RGSt 44, 207; 51, 97.Vgl. zu RGSt 44, 41 unten S.194

Die in der Gruppe (3) zusammengefaßten Fallgestaltungen lenken denBlick auf mehrere ungelöste oder zumindestens nicht einheitlich beantwortete Fragen: Einmal ist zu überlegen, den strafrechtlichen Zueignungsbegriff normativ einzugrenzen [548] und die im Widerspruch zur Eigentumsordnung stehenden Verhaltensweisen als für Diebstahl und Unterschlagung irrelevante Zueignungen auszusondern. Die Prüfung wird sich insoweit auch auf die in diesem Zusammenhang wenig beachtete Frage zu erstrecken haben, ob der Zueignung die Negierung des Eigentümerwillens als Voraussetzung immanent ist, so daß die mit Willen des Verfügungsberechtigten erfolgende Aneignung keine Zueignung darstellt [549].

Das eigentliche Problem setzt allerdings erst ein, sobald dem Merkmal "rechtswidrig" die Funktion eines Hinweises auf eine restriktive Auslegung des Zueignungsbegriffes zugewiesen wird und das Merkmal, da ein eigener Regelungsbereich fehle, als allgemeines Verbrechensmerkmal eingestuft wird. Damit wird eine eigene Funktion des wie auch immer gedeuteten Begriffes "Rechtswidrigkeit der Zueignung" verneint. Der Überprüfung der Beweisführung dieser Ansicht kommt unter Beachtung des materialen Charakters der §§ 242, 246 als Eigentumsdelikte daher eine gesteigerte Bedeutung zu. Dabei wird sich erweisen müssen, ob die bei der Behandlung der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" gewonnenen Ergebnisse eine Hilfestellung bei der Erfassung des Merkmals "rechtswidrig" in den Zueignungsbestimmungen bringen werden. Andererseits sind sachbedingte Gegensätze in den einzelnen Phasen der Untersuchung herauszustellen, um die Unzulässigkeit oder gegebenfalls eine notwendige Korrektur einer Gesamtschau in der Klärung der Begriffe "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" und "Rechtswidrigkeit der Zueignung" aufzuzeigen.

---

548) Bockelmann Niederschriften Bd. 6 S. 16(17)

549) in diesem Sinne Hirsch JZ 1963 S. 149 (154, 155 Fußn. 51), Maiwald S. 102 ff

II Rechtswidrigkeit und Zueignung

1. Die entscheidende Fragestellung

Die Diskussion um die "Rechtswidrigkeit der Zueignung" ist in Bewegung geraten, seit HIRSCH [550] das Verhältnis zwischen dem Merkmal "rechtswidrig" in den §§ 242, 246 und dem Zueignungsbegriff eingehender beleuchtet hat. Dabei ist von besonderem Interesse weniger die durch HIRSCH dargelegte Notwendigkeit einer normativen Eingrenzung der Zueignungshandlungen als vielmehr die Schlußfolgerung, das Merkmal "rechtswidrig" weise insoweit auf eine restriktive Auslegung des Zueignungsbegriffs und habe keinen eigenen Regelungsbereich. Mit dieser Erkenntnis nämlich sind grundlegend die Weichen gestellt: Die eigenmächtige Zueignung einer geschuldeten Individual- oder Gattungssache (oder Geldsumme) unterfällt dem Tatbestand eines Eigentumsdelikts. Die Bestrafung aus dem Zueignungsdelikt ließe sich in einigen Fällen allerdings abwenden, wenn der Anspruchsbeziehung eine rechtfertigende Wirkung zuzuschreiben ist, die das nach der Mindermeinung als allgemeines Verbrechensmerkmal auffaßbare Merkmal "rechtswidrig" in den §§ 242, 246 entfallen ließe. Eine Anerkennung der Anspruchsbeziehung als Rechtsfertigungsgrund [551] ist aber von den Repräsentanten der skizzierten Ansicht nicht behauptet [552] und entschieden zurückgewiesen worden [553].

Eine Parallele läßt sich demnach zu dem oben [554] erörterten Verhältnis des Vermögensschadens zur Rechtswidrigkeit der Bereicherung nur bedingt ziehen. Dort ging es um die Über-

---

550) JZ 1963 S. 149 ff. Hirsch folgen Baumann, Diss. S. 53,54, Kempf Diss. S. 88 f., Welzel § 47, 3 -S.345-, Andere beziehen Stellung gegen diese Ansicht und stützen die herrschende Meinung mit beachtlichen Argumenten, Maiwald S. 151 ff. und Otto S. 212 ff. Dieses wird im einzelnen darzustellen sein

551) so aber Schröder DRiZ 1956 S. 69(71 r.Sp.u.) und Maurach BT § 27 II A 2 d -S.243- für den Bereich der Unterschlagung

552) Hirsch JZ 1963 S. 149 ff. und Welzel § 47,3 -S.346- erörtern diese Frage auch gar nicht

553) eingehend Kempf, Diss. S. 49 ff.

554) oben S. 29 ff. und insbesondere S. 47 ff.

legung, ob die gemeinhin unter dem Augenmerk der Rechtswidrigkeit der Bereicherung behandelten Fälle systemgerechter über das Merkmal der Vermögensbeschädigung zu lösen seien. Jedoch änderte sich am Ergebnis einer Strafbarkeit oder einer Straflosigkeit im Hinblick auf die §§ 253, 263 meist nichts, unabhängig davon, welcher Standpunkt eingenommen wurde[555]. Hier wird aber mit dem Bekenntnis zu der einen oder anderen Ansicht zugleich die grundsätzliche Entscheidung gefällt, ob der "ehrliche Mann zum Dieb zu stempeln" [556] sei, wie dies BINDING [557] einmal einer Reichsgerichtsentscheidung [558] zur eigenmächtigen Schuldeintreibung durch Wegnahme eines Geldstücks vorgeworfen hat.

Die gegensätzlichen Aussagen der Mindermeinung und der herrschenden Ansicht zur Frage der Strafbarkeit der eigenmächtigen Zueignung einer geschuldeten Sache hängen also gar nicht so sehr davon ab, wie der strafrechtliche Zueignungsbegriff zu bestimmen ist. Dieses war klarzu-

---

555) Der Meinungsstreit ist freilich nicht rein akademischer Natur, wie die unterschiedliche strafrechtliche Beurteilung der eigenmächtigen Eintreibung einer Naturalobligation erlegen kann, vgl. [illegible]

556) In Fällen der eigenmächtigen Eintreibung einer fälligen Geldschuld bejaht die neuere RsprM zwar den objektiven Tatbestand mit Einschluß der Rechtswidrigkeit der Zueignung, will dem Täter jedoch im Anschluß an BGHSt 17, 87 einen strafbefreienden Irrtum zugutehalten, vgl. BGH GA 1966 S. 211 (212), BGH GA 1968 S. 121, auch schon BGH GA 1962 S. 144. Dieser Lösungsweg ist für die Mindermeinung unbeschreitbar, nach der in diesen Fällen die (norma- [illegible] Hirsch JZ 1963 S. 149 (156)

557) S. 273 Fußn. 1, vgl. auch Boldt DR 1941 S. 492(493), Otto S. 214

558) RGSt 25, 172

stellen. Ein normativ eingegrenzter Zueignungsbegriff mag einige wenige Fälle (etwa Aneignungsfälle) nicht erfassen, zu deren Lösung die Gegenansicht den Begriff der Rechtswidrigkeit der Zueignung verwenden mag. Ungleich bedeutsamer ist aber die Überlegung, weshalb der Sachverhalt der eigenmächtigen Zueignung geschuldeter Sachen dem normativ eingegrenzten Zueignungsbegriff untergeordnet wird und weshalb das in den Eigentumsdelikten erwähnte Wort "rechtswidrig" im Gegensatz zur herrschenden Ansicht als allgemeines Verbrechensmerkmal aufgefaßt wird. Hier erst tritt der Unterschied der einander widersprechenden Meinungen klar zutage, der zu den erheblichen Abweichungen in den Fallösungen führt. Und hier entscheidet sich auch, ob der Begriff "Rechtswidrigkeit der Zueignung" einen eigenen Anwendungsbereich hat.

2. Auswirkungen der verschiedenen Zueignungsbegriffe auf das Merkmal "rechtswidrig"

a) Zueignungsbegriff der herrschenden Meinung

Die Zueignung bedeutet nach herrschender Meinung die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Herrschaftsmacht über die Sache, indem der Täter entweder diese selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen einverleiben will [559]. Diese Lehre kombiniert die Substanz- und Sachwerttheorie [560] und hat sich als sogenannte Vereinigungslehre seit der Entscheidung RGSt 61, 228 (233) [561] in Rechtsprechung [562] und Lehre [563]

---

559) Schönke-Schröder § 242 Anm. 45, siehe dazu den Text und die nachfolgenden Fußn.

560) zu den älteren Theorien und der Entwicklung der Vereinigungslehre vgl. LK 9. Aufl. § 242 Anm. 37,38, Wessels JZ 1965 S. 631 (633) und NJW 1965 S. 1153. Einen umfassenden Überblick zur historischen Entwicklung des Zueignungsbegriffs gibt Maiwald S. 17 ff.

561) unter Hinweis auf zwei unveröffentlichte Entsch., RG-U. v. 17. 1.24 -III 1251/33- und RG-U. v. 21.9.25 -III 253/25 -

562) RGSt 67, 334 (335), BGHSt 4, 236 (238), BGH GA 1953 S. 83 (84), BGH GA 1969 S. 309

563) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 242,7, Dreher § 242,3 A, Lackner-Maassen § 242,5 b) aa), LK 9.Aufl. § 242 Anm. 39, Schaffstein GS 103 S. 292 (310), Schönke-Schröder § 242

Fortsetzung Fußn. 563 nächste Seite

durchgesetzt. Ihr Siegeszug hat freilich nicht darüber hinwegtäuschen können, daß die Vereinigungsformel nicht als Zauberformel ausgegeben werden kann und die Unsicherheit etwa in der Abgrenzung des Diebstahls zum furtum usus nicht beseitigt ist [564]. Verschiedentlich wird auch - von Kritikern [565] ebenso wie von den Verfechtern der Vereinigungslehre [566] - vor einem Abgleiten des Diebstahls und der Unterschlagung in reine Bereicherungsdelikte gewarnt. Die Hervorhebung auch des Sachwertes als Zueignungsgegenstand darf nämlich nicht den Blick trüben, daß das entscheidende Kennzeichen der Eigentumsdelikte die Gewinnung eines "lucrum ex re" im Unterschied zur Erzielung eines "lucrum ex negotio cum re" [567] bei den §§ 263, 253 bleiben muß.

Für die hier interessierenden Fallkonstellationen eigen-

Fortsetzung Fußn. 563

Anm. 45, Wessels JZ 1965 S. 631(634), ders. NJW 1965 S. 1153 (1156). Paulus S. 163 ff., 220 faßt den Substanz- und Sachwert unter den Überbegriff "Zwecknutzen" Maurach BT § 26 III C 1 d -S.209 ff.,- und Welzel § 46 2 a -S.341- glauben, mit einer großzügig gehandhabten Substanztheorie auskommen zu können, "sympathisierend" Mezger-Klei II § 45 II 4 a.E. Ähnliche Gedanken äußert Rudolphi GA 1965 S. 33(39)

564) vgl. des Näheren Androulakis JuS 1968 S.409 ff., Wessels NJW 1965 S. 1153 ff.

565) Rudolphi GA 1965 S. 33(39)

566) Eser JuS 1964 S. 477 ff., LK 9. Aufl. § 242 Anm. [illegible], Schönke-Schröder § 242 Anm. 47, Schröder JR 1965 S. 27, Widmaier NJW 1970 S. 672

567) Bockelmann ZStW 65 (1953) S.569(575) - Bei Verwendung des Wortes "lucrum" in diesem Zusammenhang soll das Zueignungsdelikt nirgends in ein Bereicherungsdelikt umgedeutet werden; die diesbezüglich geäußerte Befürchtung Androulakis' JuS 1968 S. 409(413 Fußn. 35) ist leicht zu zerstreuen. In angegebener Weise werden die Eigentumsdelikte gerade gegenüber den Bereicherungsdelikten abgegrenzt, so neuestens Widmaier NJW 1970 S. 672. Zueignungsgegenstand muß nach hM die Sache selbst oder doch der ihr innewohnende Wert sein

mächtiger Anspruchssicherung oder -realisierung ergibt sich auf der Grundlage der Vereinigungslehre das folgende Bild.

aa) Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen

Die eigenmächtige Ansichnahme der geschuldeten Individualsache erfüllt das Merkmal der Zueignung. Es liegt ein geradezu klassischer Fall des Sachsubstanzverlustet[568] vor; die inhaltlichen Komponenten der Zueignung, die Enteignung und Aneignung [569], sind sicher zu bestimmen. Ebensowenig ist an einer Zueignung zu zweifeln, wenn der Täter eine der Gattung nach geschuldete Sache oder Geldstücke im Wert seiner Forderung wegnimmt, um sie seinem Vermögen einzuverleiben.

bb) Eigenmächtige Zueignung einer fremden Sache ohne Überschreitung anteiliger Berechtigung

Schwierigkeiten bereiten die Fälle,in denen der Täter zwar eine fremde Sache wegnimmt, sich aber im Rahmen seiner anteiligen Berechtigung hält. Zu denken ist etwa an folgende Sachverhalte. Der Entdecker sondert eigenmächtig die Hälfte des Schatzes als ihm gehörend ab [570]. Der

---

568) Unwesentlich ist insoweit, daß der Bestohlene das Eigentum am Diebesgut nicht verliert. Das ist die typische Situation des Diebstahls (Ausnahmen: §§ 946 ff., 910 BGB). Die Enteignung ist nicht zweifelhaft: Dabei macht es keinen Unterschied, ob der nicht Rückgabewillige die Sache behalten oder an Unbekannte veräußern will (wegen § 935 BGB erwirbt auch der Gutgläubige kein Eigentum). Faktisch ist das Eigentum wegen tatsächlicher Nichtrealisierbarkeit der Eigentümerbefugnisse (§ 903 BGB) ausgehöhlt, vgl. LK 9.Aufl. Vorbem. 3 vor § 242

569) Die (mögliche) Aneignung resultiert aus der Enteignung, Androulakis JuS 1968 S. 409 (413). Zwischen den Zueignungsseiten besteht dabei eine Art "Stoffgleichheit".

570) RGSt 21, 270 ff.

Kassenführer vermischt amtlich empfangenes Geld mit eigenem und bestreitet Privatausgaben aus diesem Bestand, ohne jedoch seine Anteilsberechtigung zu überschreiten [571]. Der Täter entwendet heimlich das Sparkassenbuch, um die ihm zum Teil abgetretene Spareinlage abzuheben und danach das Buch an seinen Aufbewahrungsort zurückzulegen. Der Mitgesellschafter verfügt eigenmächtig über Gesellschaftsgegenstände zu eigenem Nutzen [572]. Der Alleingesellschafter einer Einmann-GmbH entnimmt Sachen dem Gesellschaftsvermögen [573], hält sich aber im Rahmen seiner Gewinnziehungsberechtigung.

Tatobjekt ist in all diesen Fällen eine fremde [574] Sache. Hieran ändert auch nichts, daß die Sache im Miteigentum [575] des Täters steht [576]. Am Schatzfund entsteht

---

571) RG JW 1932 S. 508

572) RGSt 7, 18; 18, 123; 27, 11

573) RGSt 42, 278(283); 71, 353(355)(

574) Nach unbestrittener Ansicht entscheiden über die Fremdheit allein die Regeln des zivilrechtlichen Rechts, BGH-U. v.3.6.1958 - 5 StR 179/58 - mitgeteilt bei Dallinger MDR 1958 S. 739 (739). Ein strafrechtliches Eigentum gibt es nicht, Kohlrausch-Lange § 246 I

575) [illegible] es nach Bruchteilen oder gesamthänderisch gehalten

576) [illegible] Schönke-Schröder § 242 Anm.7. - Irreführend ist die Formulierung Drehers [illegible], Anm. Miteigentum und Gesamteigentum [illegible] bezüglich der Zueignung einer Gesamtheit (Unterschlagung durch Verteilung). Dieser Urteilen besteht offenbar auf den unbewußten Auffassungen in [illegible] a.a.O., [illegible] (1[illegible] f.; [illegible]): "Gegebenfalls der Unterschlagung kann [illegible] durch das Mitbesitzerverhältnis, das der Täter nicht [illegible] dies zum [illegible] verleiten. Das Miteigentum an [illegible] erstreckt sich [illegible] das Miteigentum auf [illegible] Sachen, so daß an einer Zueignung [illegible] Anm. 5. Hält sich der Täter im Rahmen seiner Anteilsberechtigung, fehlt [illegible] die Rechtswidrigkeit der Zueignung, Schönke-Schröder § [illegible] Anm. 5, richtig auch [illegible] 1 [illegible]). Dies [illegible] ebenfalls Hermann-Trosien in LK 9. Aufl. § 246 Anm. 30, Vorbem. 30 vor § [illegible]; die Zueignung ließe sich immer dann verneinen, wenn [illegible] gegen den Willen des Miteigentümers [illegible] ist und der Miteigentümer mit dem eigenmächtigen Zugriff auf die im Miteigentum stehende Sache einverstanden ist, soweit die Anteilsberechtigung gewahrt bleibt. Zur Tarlingen einer Willensdomenente beim Zueignungsbegriff vgl. unten S. 159 ff.

hälftiges Miteigentum des Entdeckers und des Eigentümers der Sache, in der der Schatz verborgen war, § 984 BGB. Das Eigentum am untrennbar vermischten Geldbestand steht gemeinschaftlich den bisherigen Eigentümern der getrennten Geldbeträge im Verhältnis ihrer Anteile zu, §§ 948, 947 BGB. Die bisherigen Eigentümer können reale Teilung beanspruchen, §§ 747, 749, 752 I BGB. Mit der Teilabtretung der Sparkassenforderung erwirbt der Zessionar zugleich das Miteigentum am Sparkassenbuch, §§ 952, 1008 BGB [577]. An den Gesellschaftsgegenständen besteht gesamthänderisch gebundenes Eigentum der Gesellschafter des BGB, §§ 718, 719 BGB, oder, falls es sich um eine Handelsgesellschaft handelt, Eigentum der oHG oder KG, §§ 124, 161 HGB. Die Gesellschaftsgegenstände einer Einmann-GmbH gehören der GmbH und nicht dem Alleingesellschafter [578]. Erwägenswert ist freilich, den Alleingesellschafter aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise als Eigentümer der Gesellschaftsgegenstände anzusehen [579]. Jedoch ist unter Hinweis auf die bereits erwähnten Reichsgerichtsentscheidungen [580] an der Auffassung festzuhalten, das Eigentum an den Gesellschaftsgegenständen der Einmann-GmbH zuzuweisen, da diese Gegenstände Haftungsobjekt der Gesellschaftsgläubiger sind [581].

Der Zugriff des Miteigentümers oder Gesellschafters auf die für ihn fremde Sache stellt sich als Zueignung dar, auch soweit der Täter sich im Rahmen seiner Berechtigung auf reale Teilung, auf ordnungsgemäße Verwendung des Legitimationspapiers oder auf Gewinnziehung hält [582]. Die Ansichnahme eines Sparkassenbuches in Rückgabeabsicht

---

577) Erman-Hefermehl § 952, 3, Palandt-Degenhart § 952, 3

578) RGSt 42, 278(283); 71, 353(355)

579) so Schönke-Schröder § 242 Anm. 7

580) Nachw. in Fußn. 578

581) ebenso Dreher § 242, 1 C a), LK 9.Aufl.Vorbem.30 vor § 242

582) vgl. Dreher § 242, 1 C a), LK 9. Aufl. Vorbem. 30 vor § 242, Schönke-Schröder § 242 Anm. 7

zum Zwecke der (späteren) Abhebung eines Teils der Spareinlage wird heute nach allen Zueignungstheorien als Zueignung gewertet [583]. Eine sachgerechte Lösung der dargestellten Fälle ermöglicht daher allein die Berücksichtigung der Rechtswidrigkeit der Zueignung [584].

cc) Eigenmächtige Zueignung einer fremden Sache, deren Nutzwert geschuldet wird

Seit Einbeziehung des Sachwertes in den Zueignungsbegriff gewinnt auch die Problematik an Bedeutung, die im Zusammenhang mit dem Anspruch auf den Nutzwert der weggenommenen Sache steht. Dies veranschaulicht das nachstehende Beispiel. Der Mäzen verpflichtet sich gegenüber dem Rennfahrer, seinen Tourenwagen für eine strapaziöse Europa- und Asienrallye zur Verfügung zu stellen. Aus Furcht, der Mäzen werde nicht zu seiner Verpflichtung stehen, entwendet der Begünstigte heimlich den Wagen aus der Garage, um diesen nach Beendigung der Rallye in erwartungsgemäß stark abge-

---

583) vgl. LK 9. Aufl. § 242 Anm. 58, Paulus S. 170 f., Schönke-Schröder § 242 Anm. 48 m.w.N. - Maurach BT § 26 III C 1 d) -S.210- und Welzel § 46, 2 a -S.342- gelangen zu diesem Ergebnis vom Standpunkt einer erweiterten Substanztheorie, ähnlich Rudolphi GA 1965 S. 33(54 f.). Maiwald S. 166, 167 stellt darauf ab, ob eine wesentliche Funktion der Sache vernichtet wird
a.A. waren v. Liszt-Schmidt S. 618 Fußn. 18

584) so auch Dreher § 342, 1 C a), LK 9. Aufl. Vorbem. 30 vor § 242, Schönke-Schröder § 242 Anm. 7, § 246 Anm. 5

nutzten Zustand an den Eigentümer zurückzugeben. Das Abgrenzungsproblem zwischen einer Zueignung im Sinne der §§ 242, 246 und einem furtum usus im Sinne des § 248 b [585] soll nicht in seiner ganzen Breite aufgerollt werden. Gesicherte Erkenntnisse scheinen noch nicht gefunden [586]. Insbesondere bereichert der vorangestellte Sachverhalt die Abgrenzung zwischen Zueignung und Ingebrauchnahme um ein nicht hinreichend geklärtes Problem, da es nicht um die Frage geht, mit welchem Grad an Sicherheit der Täter mit einer Rückführung der Sache an den Berechtigten gerechnet haben muß [587] - hier ist der Rückgabewille gewiß - , sondern um die Überlegung, inwieweit eine erwartungsgemäß wesentliche Herabsetzung des Wertes des Wagens nach Beendigung

---

585) § 248 b setzt eine Wegnahme nicht voraus, so daß auch zwischen § 246 und § 248 b abzugrenzen ist, vgl. LK 9. Aufl § 248 b Anm. 7, Schönke-Schröder § 248 b Anm. 4 a, 5 - Zum unbefugt in Gebrauch halten vgl. BGH VRS 34, 444

586) vgl. Lieder, Diss. S. 134 ff., Rudolphi GA 1965 S. 33 (46 ff.), Schaffstein GA 1964 S. 97 ff., Wessels NJW 1965 S. 1153 ff.

587) Schönke-Schröder § 242 Anm. 52. Bekanntlich stellt die Rspr darauf ab, ob das Fahrzeug nach unbefugtem Gebrauch dem "beliebigen Zugriff Dritter preisgegeben" wird und prüft insoweit die innere Tätereinstellung zur negativen Zueignungsseite, BGH VRS 13, 41; 14, 363; 17, 56; 19, 441; 24, 213; 27, 359. Eine andere Beurteilung sei nur dann geboten, wenn der Täter den Entschluß zum Stehenlassen des Fahrzeugs an beliebigem Ort durch äußere Ursachen fasse (z.B. Beinzinverbrauch), BGH VRS 19, 364; 25, 268, ebenso Maurach BT § 31 II B 2 -S.266/267- m.w.N. - Im Schrifttum wird zur Stützung der RsprM angeführt, daß hinsichtlich der negativen Zueignungsseite dolus eventualis ausreiche, Schaffstein GA 1964 S. 97 (102 ff.), ebenso Androulakis JuS 1968 S. 409 (413), Dreher § 242, 4 B a), LK 9. Aufl. § 242 Anm. 44, Schönke-Schröder § 242 Anm. 59.
Die RsprM lehnen ab Paulus S. 169 f. und Rudolphi GA 1965 S. 33(50,51).

der Rallye als Zueignung zu qualifizieren ist[588]. Der vorliegende Sachverhalt enthält darüberhinaus noch eine besondere Pointe. Kommt lediglich eine Ingebrauchnahme in Frage, entfällt dennoch der Tatbestand des § 248 b. Der Eigentümer hat sich wirksam zur Gebrauchüberlassung verpflichtet (§ 598 BGB, Leihe). Damit ist der Handelnde zum Gebrauch des Wagens berechtigt und als Berechtigter im Sinne des § 248 b [589] untauglicher Täter. Andererseits ist aber - und dies ist eine Tatfrage: Bestimmungsgemäße Wiederverwendungsmöglichkeit des Fahrzeuges als Tourenwagen usw. [590] - auch eine Zueignung nicht auszuschließen [591]. Für diesen

---

588) vgl. hierzu die einschlägigen Entsch. OLG Hamm JMBl NRW 1960 S. 320, OLG Hamm JMBl NRW 1962 S. 110 = VRS 23, 125, zust. LK 9.Aufl. § 242 Anm. 49 a.E., Maurach BT § 31 II B 2 -S.267-, - Rudolphi GA 1965 S. 33(47) stellt auf die Funktionsmöglichkeiten ab, die der Sache aufgrund ihrer Beschaffenheit objektiv innewohnen, und bejaht die Entziehung der realen Herrschaftsbefugnis und damit die Zueignung, "wenn die Sache durch den Gebrauch des Täters generell ihre Tauglichkeit eingebüßt hat, in einer bestimmten Weise benutzt oder zu einem bestimmten Zweck verwendet zu werden." Ausführlich zur Abnutzung des Fahrzeuges durch bestimmungsgemäßen Gebrauch Lieder, [illegible]

589) so LG Mannheim NJW 1965 S. 1929, BGH VRS [illegible], [illegible]. Wird die engere Definition zugrundelegt - Berechtigter ist grundsätzlich der Eigentümer oder die Person, der die Disposition über den Gebrauch übertragen ist, so LK 9.Aufl. § 248 b Anm. 10, Schönke-Schröder § 248 b Anm. 1,7 - fehlt das Merkmal "gegen seinen Willen", das nach h.A. Tatbestandsmerkmal ist, vgl. LK 9. Aufl. § 248 b Anm. 10, Maurach BT § 31 II B 1 -S.266-, Schönke-Schröder § 248 b Anm. 8

590) bedenklich weit BGH VRS 37, 438: Eine Substanz- oder Sachwertminderung wird nicht nachgewiesen. Außer Betracht bleiben müssen die Aufwendungen, die dem Eigentümer an Steuern, Versicherung und für Beförderungsmittel während der Zeitspanne erwachsen, in der er seinen Wagen nicht benutzen konnte. Andernfalls wird das Zueignungsdelikt zum Bereicherungsdelikt. Entscheidend ist entweder ein erheblicher Wertverlust oder die Feststellung, daß der Täter billigend mit der Möglichkeit rechnete oder rechnen mußte, daß das Fahrzeug nach Stehenlassen nicht in seiner Identität an den Berechtigten zurückgeführt werden würde

591) Wessels NJW 1965 S. 1153 (1156 Fußn. 35) nennt als Beispiel für eine erhebliche Werteinbuße die Wegnahme eines Kraftwagens zur Veranstaltung einer wilden Rennfahrt

Fall vermag dann allein - und dies wird noch darzustellen sein - die fehlende Rechtswidrigkeit der Zueignung die Strafbarkeit aus dem Eigentumsdelikt abzuwenden.

dd) Eigenmächtige Inpfandnahme einer fremden Sache

Auf der Grundlage der Vereinigungsformel läßt sich auch einwandfrei der Fall lösen, der die Rechtsprechung mehrmals beschäftigt hat: die eigenmächtige "Inpfandnahme" fremder Sachen zur Sicherung der Forderung oder als Druckmittel zur Anspruchsrealisierung.
Die Rechtsprechung [592] entscheidet unter Billigung des überwiegenden Schrifttums [593] einheitlich und hält in der Regel die Zueignungsabsicht nicht für gegeben. Genau genommen handelt es sich ebenfalls um ein Abgrenzungsproblem zwischen (hier straflosem) furtum usus und der Zueignung. Will der Täter lediglich die fremde Sache dem Eigentümer bis zur Befriedigung seiner Forderung vorenthalten - also den weggenommenen oder zurückgehaltenen Gegenstand allein als Sicherungsmittel oder als Druckmittel zur Anspruchsrealisierung benutzen -, liegt straflose Gebrauchsanmaßung vor [594]. Wird das Pfand aufgrund eines später gefaßten Entschlusses verwertet, kommt Unterschlagung in Betracht [595]. Insoweit entsteht dann die Frage, ob die Zueignung rechtswidrig ist, wenn der Gläubiger sich durch Verwertung der nicht geschuldeten fremden Sache für seine Forderung bezahlt macht [596]. Wenn der Täter bereits bei "Inpfandnahme" der

---

592) RGSt 12, 88; RGRspr 3, 453, BGH LM Nr. 15 zu § 249 = NJW 1955 S. 1764 (nur LS), BGH-U. v. 1.8.1967 - 1 StR 281/67- mitgeteilt bei Dallinger MDR 1968 S.16 (18), OLG Celle NJW 1970 S. 1139 f.

593) vgl. Dreher § 242, 3 A a), LK 9. Aufl. § 242 Anm. 61, Maurach BT § 26 II C 2 b -S.208-, Noll SchwZStR 71 (1956) S. 148 (154), Paulus S. 203, Rudolphi GA 1965 S. 33(41 Fußnote 37), Schönke-Schröder § 242 Anm. 56

594) RG Rspr 3, 453, LK 9. Aufl. § 242 Anm. 61, Otto S. 227,231

595) RGSt 12, 88(91), RG LZ 1917 S. 809, LK 9.Aufl. § 242 Anm.61

596) LK 9. Aufl. § 242 Anm. 61

fremden Sachen die Veräußerung oder sonstige Verwertung für den Fall der Nichtbefriedigung seiner Forderung plant, gestaltet sich das Abgrenzungsproblem zwischen Zueignung und furtum usus für die Rechtsdogmatik weniger diffizil als in der praktischen Beweisführung. Dann ist in der Tat, worauf MOHRBOTTER [597] zutreffend hinweist, die Zueignungsabsicht unbedingt gefaßt und die spätere Verwertungshandlung wird allein von den in der Hand des Opfers liegenden Umständen abhängig. Ist dieser Verwertungswille feststellbar, ist bei eigenmächtiger Inpfandnahme die Zueignungshandlung [598] erfüllt, und es fragt sich nur, ob die Rechtswidrigkeit der Zueignung entfallen kann [599]. Den Ausgangspunkt der Abgrenzung der Zueignung vom furtum usus gibt also zunächst der Täterwille, der zu erhellen ist [600]. Das ist nicht neu [601]. Die Frage beispielsweise, ob der Täter das Fahrzeug nach unbefugtem Gebrauch dem Berechtigten zurückführen wollte, ist letztlich auch nur anhand des Täterwillens unter Beachtung bestimmter Indizien (Ort des Stehenlassens des Fahrzeuges [602]) zu entscheiden [603]. Jedenfalls ist ein Verwertungswille bei eigenmächtiger "Inpfandnahme" fremder Sachen nicht zu unterstellen. Diesen Vorwurf muß sich aber MOHRBOTTER gefallen lassen, da sein Ergebnis [604], wie stillschwei-

---

597) NJW 1970 S. 1857 (1858)

598) Diese Differenzierung heben hervor RGSt 12,[illegible](90), BGH-[illegible] v. 1.8.1967 - 1 StR [illegible] - mitgeteilt bei Dallinger MDR 1968 S. 1[illegible](1[illegible]), vgl. auch LK 9. Aufl. § 242 Anm. [illegible], Noll SchwZStR 71(19[illegible]) S. 1[illegible] (15[illegible]), Paulus [illegible] insbes. des älteren Schrifttums

599) so offenbar LK 9. Aufl. § 242 Anm. [illegible], vgl. dazu unten S. 192

600) OLG Celle NJW 1970 S.1139(1140), LK 9.Aufl. § 242 Anm. 61

601) z.B. ist die unbefugte Verpfändung einer fremden Sache straflose Gebrauchsanmaßung, wenn der Einlösungswille und die Rückgabeabsicht feststellbar sind, vgl. statt vieler LK 9. Aufl. § 246 Anm. 27

602) Nachw. der Rspr in Fußn. 587

603) vgl. BGH VRS 24, 213, Kohlhaas DAR 1962 S. [illegible](2[illegible]), Schönke-Schröder § 242 Anm. 52

604) Mohrbotter NJW 1970 S. 1857(1859 a.E.) meint unterschiedslos: "Bei Wegnahme der Sache zu Pfandzwecken ist vollendeter Diebstahl begangen." Zuvor -S.1[illegible]- wird die These aufgestellt, daß "es für die Bejahung der Zueignungsabsicht bei der Wegnahme von Sachen, um Sicherheiten oder Pfänder für eine Forderung in die Hand zu bekommen, nicht darauf ankommen kann, was der Täter mit diesen Sachen vorhat". Der Gegenbeweis ist im Text oben angetreten

gend behauptet wird, Anspruch auf Richtigkeit in allen Fallkonstellationen erhebt.

ee) Einwilligung in die Zueignung

Bevor erwogen wird, ob die Zueignung, dessen Vorgang die herrschende Meinung [605] als auf Dauer angelegte Enteignung und zumidestens vorübergehend beabsichtigte Aneignung kennzeichnet, die Negierung des Eigentümerwillens voraussetzt, ist eine Klarstellung nötig. In der Einwilligung des Eigentümers oder Verfügungsberechtigten in die Zueignung - von der Einwilligung des Gewahrsamsinhabers in die Wegnahme wohlweislich zu trennen [606], wie das Beispiel der Diebesfalle [607] lehrt - kann möglicherweise ein wirksames Übereignungsangebot gesehen werden. Wird diese Erklärung angenommen (§§ 929 ff. BGB), ist das Tatobjekt folglich keine fremde Sache [608]. Damit scheint das angeschnittene Problem aus der Welt geschafft. Und doch ist dieser Schluß voreilig. Einmal verlangt die herrschende Meinung [609] für die relevante Einwilligung

---

605) Eser JuS S. 477(479), LK 9.Aufl. § 242.Anm. 42,43, Schönke-Schröder § 242 Anm. 46, Wessels NJW 1965 S. 1153 (1156). Paulus S. 220 fordert für die Aneignung die endgültige Überführung in das Tätervermögen

606) Binding I S. 294 ders. Normen II, 2 S. 1061, LK 9.Aufl. § 242 Anm. 72, 77, Maurach BT § 26 III E -S.213-, Schönke-Schröder § 242 Anm. 38

607) Ob das Dulden der Wegnahme Zustimmung bedeutet, ist allerdings zweifelhaft, vgl. Dreher § 242, 2 B, LK 9.Aufl. § 242 Anm. 24

608) Maurach BT § 26 III E -S.213-. Hier ist auch entgegen Hirsch das von diesem in JZ 1963 S. 149(155 l.Sp.) gebildete Beispiel einzuordnen: Aneignung fremden Geldes aufgrund zulässigen Selbstkontrahierens (§ 181 BGB). Als Folge wirksamer Übereignung fehlt die Fremdheit

609) Baumann § 21 II 4 b -S.310-, v.Hippel S. 248 Fußn.2, Jescheck § 34 IV 1 -S.251-, Lackner-Maassen vor § 51, 5 b) aa), Maurach AT § 28 I 2 b -S.342-, Mezger-Blei I § 38 II 1 -S.125-, Schmidhäuser 8/144 -S.219-,Stratenwerth Rnr 394, 395 -S.123-, Welzel § 14 VII 2 a -S.96-, Wessels § 7 I 2 c -S. 53-.
a.A. eine beachtliche Mindermeinung Dreher vor § 51, 2 A b, Lenckner ZStW 72 (1960) S.446(456), Maiwald S.98 ff., Schönke-Schröder Vorbem. 39 a.E. vor § 51, wohl auch Mayer LB (1953) S.167 unter Hinweis auf Traeger GS 94 (1927) S.112 ff., der a.a.O. S.148 Geschäftsfähigkeit für die Einwilligung in die Verletzung von Vermögenswerten verlangt, unklar Mayer StuB § 19, 3 a) bb) -S.86-. Der Streit braucht hier nicht entschieden zu

in die Zueignung nicht Geschäftsfähig des Einwilligenden, so daß nicht immer - z.B. willigt der einsichtsfähige Minderjährige ein - ein wirksames Übereignungsangebot anzunehmen ist. Im übrigen kann das Einverständnis mit der Zueignung auf verschiedensten Motiven beruhen und nicht ohne weiteres von vornherein als Äußerung des Einigungswillens im Sinne des § 929 BGB betrachtet werden [610]. Und endlich kann dem Täter die Geschäftsfähigkeit fehlen, so daß trotz wirksamer Übereignungsangebotes des Einwilligenden die zugeeignete Sache fremd bleibt. Somit stellt sich in der Tat das Problem, welchen Einfluß die Einwilligung des Eigentümers oder Verfügungsberechtigten auf den Zueignungsbegriff der herrschenden Ansicht gewinnt. Diese Frage ist bisher von der herrschenden Lehre nicht klar gesehen worden. Der Ansatz zu ihrer Lösung ist bei der negativen Zueignungsseite zu suchen. Die Enteignung ist die endgültige Entsetzung des Eigentümers aus seiner Verfügungsgewalt [611]. Soll der Berechtigte endgültig aus seiner Eigentümerstellung verdrängt werden, scheint der Gedanke nicht fern, daß sich der Täter insoweit auch gegen den Willen des Eigentümers stellen muß. Doch ist eine Einbeziehung einer Willenskomponente in den Enteignungsbegriff weder notwendig noch statthaft. Die negative Zueignungsseite beleuchtet ein rein tatsächliches Verhältnis: den auf Dauer angelegten Ausschluß des Berechtigten von der Sache. Die rein faktische Entsetzung des Eigentümers aus seiner Verfügungsgewalt ist aber unabhängig davon geplant, ob der Eigentümer einverstanden ist oder nicht. Dann erhebt sich freilich die Frage, ob die Einwilligung in die Zueignung die Rechtswidrigkeit der Zueignung auszuschließen vermag [612]. Ist dieses so,

---

610) LK 9. Aufl. § 242 Anm. 72, so aber Maurach BT § 26 III E -S.213-

611) LK 9.Aufl. § 242 Anm. 43, Maurach BT § 26 III C 1 b -S.208-, Schaffstein GS 103 S. 292(300), Schönke-Schröder § 242 Anm. 46, 51, Wessels NJW 1965 S. 1153 (1156)

612) in diese Richtung weisen LK 9.Aufl.§ 242 Anm.70, Schönke-Schröder § 242 Anm. 40. Allerdings stiftet Verwirrung, wenn die Einwilligung gleichwohl als Rechtfertigungsgrund behandelt wird, so ausdrücklich LK 9.Aufl. § 242 Anm. 72 a.E. Dies wird noch zu klären sein.

hängt des weiteren von der dogmatischen Einordnung der Rechtswidrigkeit der Zueignung ab, ob die Zustimmung zur Zueignung den Tatbestand oder die Deliktsrechtswidrigkeit entfallen läßt [613]. Dies bedarf noch der klärenden Erörterung in späterem Zusammenhang.

Ausblick: Mögliche Tatbestandskorrektur durch die Rechtswidrigkeit der Zueignung

Die vorstehend behandelten Sachverhalte unterfallen dem Zueignungsbegriff der herrschenden Ansicht. Dazu gehören auch die Aneignungsfälle, in denen der Täter durch Zugriff auf die fremde Sache den bisherigen Eigentümer endgültig unter Erwerb eigener Berechtigung entrechtet. Eine Bestrafung aus einem Zueignungsdelikt erweckt in diesen Fällen Bedenken. Steht die Einwilligung in die Zueignung zur Debatte, besteht Einigkeit, daß jedenfalls im Ergebnis - sei es über die Verneinung des Merkmals "Rechtswidrigkeit der Zueignung" oder der Deliktsrechtswidrigkeit - ein strafbares Zueignungsdelikt nicht vorliegt. Eignet sich der Täter aber zum Beispiel eine fremde Sache zu, ohne seine (anteilige) Berechtigung zu überschreiten, bietet sich nur ein Ausweg: die Tatbestandskorrektur mit Hilfe des Merkmals "Rechtswidrigkeit der Zueignung". Ähnlich verhält es sich in den Fällen eigenmächtiger Zueignung geschuldeter Sachen. Die Strafwürdigkeit dieser Fälle ist allerdings umstritten. Die nachfolgende Untersuchung wird zeigen müssen, ob die Rechtswidrigkeit der Zueignung zur Lösung dieser Fälle und zur Abschichtung strafloser von den strafbaren Verhaltensweisen dienen soll und kann.

---

613) soweit überhaupt Tatbestand und Deliktsrechtswidrigkeit getrennt werden, so die hM im Gegensatz zur Lehre von den negativen Tatbestandselementen, vgl. oben S. 82 und Fußn. 321

b) Restriktive Auslegung des Zueignungsbegriffs (Hirsch)

aa) Einbeziehung des Widerspruchs zur Eigentumsordnung in den Zueignungsbegriff

HIRSCH [614] lehrt: Aus dem Kreis der möglichen Zueignungen erhebt das Gesetz nur die im Widerspruch zur Eigentumsordnung stehenden Zueignungen zur Tatbestandsrelevanz. Auf diese notwendige restriktive Auslegung weise das in den Eigentumsdelikten erwähnte Wort "rechtswidrig". An die Feststellung, die Zueignung erfasse nur die im Widerspruch zur Eigentumsordnung stehenden Zueignungshandlungen, schließen sich folgende Konsequenzen an. Die Aneignungsfälle [615] (z.B. § 910 BGB) sind mangels Eigentumsverstoßes nicht unter einen restriktiv ausgelegten Zueignungsbegriff subsumierbar [616], Bemerkenswert ist die Stellungnahme zum Einverständnis mit der Zueignung. HIRSCH [617] behauptet, die Einwilligung des Eigentümers oder Verfügungsberechtigten in die Zueignung würde, falls nicht schon eine Übereignung (§ 929 ff BGB) anzunehmen sei, die bereits vom Wortsinn einen begrifflichen Gegensatz zum "sich Zueignen" bilde [618], "jedenfalls das Vorliegen einer gegen die Eigentumsordnung verstoßenden Zueignung (weil nämlich die Handlung dem Willen des Eigentümers entspricht)" ausschließen. Dies ist nicht schlüssig, wie noch zu belegen sein wird [619]. Fälle des Eigentumserwerbs gemäß §§ 929 ff. BGB rechnet HIRSCH [620] zu den tatbestandsmäßigen Zueignungen. Wer

---

614) JZ 1963 S.149 (155), ebenso Kempf, Diss. S. 82 ff., Welzel § 47, 3 -S.345-

615) vgl. oben S. 114 (Problemsachverhaltsgruppe (3))

616) Hirsch JZ 1963 S. 149(155), dies liegt nach Bockelmann: Niederschriften Bd. 6 S. 1[illegible] bereits in dem normativen Sinn des Wortes Zueignung. Nach einer Notiz Mohrbutters [illegible] S. 1[illegible] (2[illegible]) ist die Ansicht Hirsch auf diese Äußerung Bockelmanns zurückführbar

617) JZ 1963 S. 149(155 Fußn. 51)

618) Hirsch JZ 1963 S.149(1[illegible] r.Sp.u.),ebenso Kempf, Diss. S. 83, Welzel § 46, 2 d) -S.344-

619) unten S.167

620) JZ 1963 S. 149(155 Fußn. 52), ebenso Kempf,Diss. S 84, Welzel § 47, 1 b -S.345-, im Ergebnis übereinstimmend mit der bekämpften herrschenden Ansicht, vgl. statt vieler LK 9. Aufl. § 246 Anm. 30 m.w.N.

sehe das bürgerliche Recht den Eigentumsverlust und -erwerb vor, doch werde die Eigentumsordnung [621] nicht eingehalten. Die Verletzung[621] fremden Eigentums werde sichtbar, da der Eigentumserwerb ohne Einwilligung des bisherigen Eigentümers einen Ersatzanspruch auslöse, §§ 951, 812 BGB. Die Fälle der eigenmächtigen Zueignung fremder Sachen ohne Überschreitung der eigenen Berechtigung [622] hat HIRSCH nicht gesehen und nicht behandelt. Ihre Subsumtion unter einen restriktiv ausgelegten Zueignungsbegriff wirft Probleme auf. Die Verletzung fremden Eigentums ist schlechthin nicht zu leugnen. Auch auf den aufgrund realer Teilung zu beanspruchenden Teil (§§ 747, 749 I, 752 BGB) erstreckt sich das Miteigentum (§ 947 BGB) [623]. Jedoch sanktioniert die Eigentumsordnung die ordnungsgemäße reale Teilung vertretbarer Sachen. Dieser Sachverhalt läßt sich daher mit den Aneignungsfällen (z.B. § 910 BGB) vergleichen. Verwickelter liegen die Dinge freilich, wenn unvertretbare Sachen im Miteigentum stehen oder am Zueignungsobjekt gesamthänderisch gebundenes Eigentum besteht. Nimmt der Täter in dieser Sachverhaltskonstellation Gegenstände im Wert seiner anteilmäßigen Berechtigung an sich, steht die Zueignung im Widerspruch zur Eigentumsordnung und ist damit nach Ansicht HIRSCHS, der eine Korrektur durch die Rechtswidrigkeit der Zueignung nicht anerkennt, die Bestrafung aus einem Zueignungsdelikt unausweichlich.

Für die große Gruppe der eigenmächtigen Zueignungen geschuldeter Sachen, die nach herrschender Doktrin unter dem Blickwinkel der Rechtswidrigkeit der Zueignung zu würdigen sind, bezieht HIRSCH [624] einen eindeutigen Standpunkt: In jenen Fällen liegt eine Verletzung fremden Eigentums vor. Die bestehende Anspruchsbeziehung sei insoweit ohne Bedeutung. Die eigenmächtige Zueignung einer geschuldeten Indi-

---

621) Hervorhebung durch Hirsch a.a.O.

622) oben S. 151 ff.

623) vgl. Fußn. 576

624) JZ 1963 S. 149 (150 ff.)

vidual-, Gattungssache oder Geldsumme begründe unterschiedslos die Strafbarkeit aus dem Eigentumsdelikt.

bb) Einwände gegen die von Hirsch vertretene Ansicht

Ein grundsätzlicher Einwand gegen die Einbeziehung des Widerspruchs zur Eigentumsordnung in den Zueignungsbegriff leitet sich aus den Überlegungen ab, die zur Ablehnung der materialen Schadenstheorie geführt haben[625]. Die insoweit erhobenen Bedenken gegen die Doktrin, ein einzelnes Merkmal des Deliktstatbestandes für sich genommen an Einklang oder Widerspruch zur Rechtsordnung zu orientieren, greifen auch hier durch. Diese Prüfung wird nur für den Begriff erforderlich, der durch Verbindung des Merkmals "rechtswidrig" mit einem Tatbestandsmerkmal gebildet wird. Zur Stützung der Gesetzesansicht, die HIRSCH vertritt und die dem Wort "rechtswidrig" lediglich den Hinweis auf eine notwendige restriktive Auslegung des Zueignungsbegriffs zuweist, läßt sich auch nicht anführen - und wird freilich auch nicht behauptet-, es gehe um das Abstecken der Grenzen des Rechtsgutes Eigentum. Die Formung des Eigentumsbegriffs im Zivilrecht ist für die Strafrechtsdogmatik bindend[626]. Eine Folge des Abstraktionsprinzips ist die Kausalität des Eigentums. Zivilrechtlich wird daher auch das Eigentum geschützt, das aufgrund eines nichtigen oder sittenwidrigen Rechtsgeschäfts erworben wurde. Schon aus den genannten grundsätzlichen dogmatischen Erwägungen ist die Ansicht, die HIRSCH vertritt, nicht haltbar. Daneben ist aufzeigbar, daß diese Auffassung wegen ausschließlicher Betonung der rechtswidrigen Eigentumsverletzung im Sinne des BGB manchen Fallkonstellationen nicht gerecht wird. Im übrigen ist das gegen die herrschende Meinung zur Rechtswidrigkeit der Zueignung vorgebrachte "logisch-dogmatische"

---

625) oben S. 76 ff.

626) hM, vgl. Kohlrausch-Lange § 242 I 3, Maurach BT § 26 II A 2 a) - S. 199 -

Argument zu widerlegen. Und endlich sind Unstimmigkeiten innerhalb der eigenen Systematik aufzudecken.

HIRSCH [627] hält der herrschenden Meinung, die die Rechtswidrigkeit der Zueignung ablehnt, soweit dem Täter ein fälliger Individualanspruch auf die weggenommene Sache zusteht, vor, die eigenmächtige Zueignung stelle eine nach § 823 I BGB rechtswidrige Eigentumsverletzung dar [628]. Dies kann nicht bestritten werden. Eine andere Frage ist freilich, ob jede rechtswidrige Eigentumsverletzung in der Zivilrechtsdogmatik als Strafunrecht zu ahnden ist[629]. Dieser Frage geht HIRSCH nicht näher nach, obwohl ihr die ausschlaggebende Bedeutung für die Begriffsbestimmung der Rechtswidrigkeit der Zueignung zukommt. Unter ausschließlicher Betonung der rechtswidrigen Eigentumsverletzung im Sinne des BGB ist nicht den Fällen gerecht zu werden, in denen der Täter ohne Überschreitung seiner anteiligen Berechtigung einen Teil der im Miteigentum stehenden unvertretbaren Sache an sich nimmt. Dazu ein Beispiel: Hat A seinen Motor in den Motorradrahmen des B eingebaut, werden A und B Miteigentümer des fahrbereiten Motorrades. Der eigenmächtige Ausbau des Motors durch A wäre eine rechtswidrige Eigentumsverletzung und nach der Ansicht, die HIRSCH vertritt, strafbares Zueignungsdelikt. Ebenso unbefriedigend sind auch die Fälle zu lösen, in denen der Mitgesellschafter eigenmächtig über Gesellschaftsgeld zu eigenem Nutzen verfügt, sich aber im Rahmen seiner Gewinnziehungsberechtigung hält. Hier rächt sich, auf ein Korrektiv anhand der Rechtswidrigkeit der Zueignung vollends verzichten zu wollen.

Gegen die herrschende Ansicht, das Wort "rechtswidrig" in den Zueignungsstrafbestimmungen als Tatbestandsmerkmal in Verbindung mit der Zueignung aufzufassen, führt HIRSCH [630] ein - von KEMPF [631] "logisch-dogmatisch" genanntes-Argument

---

627) JZ 1963 S. 149 (151 l.Sp.o.)
628) Für den Ersatzanspruch ist freilich ein Schaden nachzuweisen
629) Dies übersehen zu haben, hält Maiwald S. 152 Anm. 130 zutreffend Kempf, Diss. S. 36 ff. entgegen, vgl. auch Otto S. 222, 223
630) JZ 1963 S. 149(153)
631) Diss. S. 77 f.

ins Feld. Die Tatbestände der Zueignungsdelikte beschrieben bestimmte Verstöße gegen die Eigentumsordnung. Wenn aber die Tatbestandsmerkmale eines Zueignungsdelikts in ihrer Gesamtheit einen Verstoß gegen die Eigentumsordnung angäben, so könne dieser Verstoß nicht selbst Tatbestandsmerkmal sein. Die Folge wäre die "logische Ungereimtheit", daß der Widerspruch zur Eigentumsordnung eine Voraussetzung des Widerspruchs zur Eigentumsordnung wäre. Dieses "logisch-dogmatische" Argument überzeugt nicht. Der Gesamttatbestand des Zueignungsdelikts beschreibt den Widerspruch zur (Gesamt-)Rechtsordnung. Dies ist gesicherte Erkenntnis in der Strafrechtsdogmatik. Die Deliktsrechtswidrigkeit [632] ist nicht auf die bloße Verletzung des betreffenden Rechtsguts reduzierbar [633]. Andernfalls - und diese Meinung vertritt auch nicht HIRSCH [634] - wäre unerklärlich, daß die Wegnahme von Warenbeständen zur Sicherung einer gefährdeten Geldforderung die Rechtswidrigkeit des Zueignungsdelikts aufzuheben vermag (§ 229 BGB). Ein anderes Beispiel fehlender Deliktsrechtswidrigkeit ist die Entwendung von Medikamenten und Verbandsmaterial zur Versorgung eines Schwerverletzten (§ 904 BGB) [635]. Gerechtfertigt wäre nicht der Verstoß gegen die Eigentumsordnung [636] - diese unhaltbare Konsequenz müßte HIRSCH ziehen -, sondern die eigenmächtige Handlungsweise. Entgegen HIRSCH entsteht also nicht ein logischer Widerspruch, falls die Rechtswidrigkeit der Zueignung beim Tatbestand angesiedelt wird.

---

632) und zwar unabhängig davon, ob diese als allgemeines Verbrechensmerkmal oder als negatives Tatbestandsmerkmal auffaßbar ist

633) Schon in anderem Zusammenhang wurde betont, daß das Strafunrecht nicht Verursachung einer Rechtsgutverletzung sei, weil häufig auch ein bestimmtes Handlungsunrecht gefordert werde, vgl. oben S. 120 und Fußn. 456

634) JZ 1963 S. 149(152 Fußn. 29)

635) Baumann § 21 II 3 b -S.304-, Maurach AT § 24 I b 3 c)-S.289-, BT § 26 III C 2 -S.212-, Schmidhäuser 9/47 -S.253-

636) Im Fall des § 904 BGB entsteht ein Ersatzanspruch. Auf die Ersatzpflicht stellt Hirsch JZ 1963 S.149(155 Fußn.52) aber entscheidend ab, um den Widerspruch zur Eigentumsordnung für den Eigentumserwerb gemäß §§ 946 ff. BGB zu begründen

Nur am Rande ist noch anzumerken, daß der Zueignungsbegriff, den HIRSCH vertritt, den Fall der Einwilligung in die Zueignung, die nicht bereits zur Übereignung oder zur Dereliktion führt, nicht erfassen kann [637]. Die Verletzung fremden Eigentums steht, wenn auch gebilligt, außer Frage. Die Eigentumsordnung - auf diese wirkt die Einwilligung nur ein, falls eine wirksame Übereignung oder eine Dereliktion vorliegt - wird nicht eingehalten, sondern allenfalls der Wille der Verfügungsberechtigten respektiert. Wird der Einwilligungsfall dem Zueignungsbegriff unterstellt, wird in Wahrheit eine Willenskomponente (Mißachtung des Eigentümerwillens) in diesen Begriff hineingetragen.

Bei dieser Kritik gegen die Ansicht von HIRSCH soll es zunächst sein Bewenden haben. Der maßgeblichen Frage der Einbeziehung oder Aussonderung der Fälle eigenmächtiger Zueignung geschuldeter Sachen in die Eigentumsdelikte ist an späterer Stelle nachzugehen. Zu unterstreichen ist jedoch die von HIRSCH erhobene Forderung - dies bereits vorausgeschickt -, Stück- und Gattungsschulden unter diesem Blickwinkel gleich zu behandeln.

c) Zueignung als Willenswidrigkeit (Maiwald)

MAIWALD versteht die Zueignung als Eigentumsverletzung [638] und erkennt als materiales Element der Eigentumsverletzung die Willenswidrigkeit [639]. Folglich entfalle bei vorliegender wirksamer Einwilligung des Eigentümers oder Verfügungsberechtigten in die Zueignung bereits diese und damit der Tatbestand [640]. Ob dieser Auffasung gefolgt

---

637) vgl. dazu Hirsch JZ 1963 S.149 (155 Fußn.51)

638) Maiwald S. 80 ff.

639) Maiwald S. 89 ff.

640) Maiwald S. 98 ff. (insbes. 102 ff.), im Ergebnis ebenso - wenn auch nicht überzeugend, vgl. zur Kritik oben S. 160 - Hirsch JZ 1963 S. 149 (155 Fußn. 51)

werden kann - BAUMANN [641] befürchtet eine Abkehr vom Wortlaut der Tatbestände der Eigentumsdelikte -, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht zu entscheiden. Bedeutsam sind aber die in diesem Zusammenhang angestellten Überlegungen MAIWALDS. Werde bei Vorliegen einer wirksamen Einwilligung in die Zueignung das Merkmal "rechtswidrig" (auffaßbar als Willenswidrigkeit des Täterhandels) verneint, sei zwangsläufige Konsequenz, das Merkmal "rechtswidrig" sowohl als Tatbestandsmerkmal, indem es den Verstoß gegen den Eigentümerwillen bezeichne, als auch als allgemeines Verbrechensmerkmal, da das Unrecht der Tat auch aus anderen Gründen als dem der Willensübereinstimmung mit dem Eigentümer beseitigt sein könne (z.B. §§ 229, 904 BGB), anzusehen [642]. Um ein "derartiges terminologisches Zwielicht" zu vermeiden, rät MAIWALD [643], für den Fall der Willensübereinstimmung mit dem Eigentümer die Zueignung auszuschließen und das Merkmal "rechtswidrig" als allgemeines Verbrechensmerkmal einzuordnen. Der Problemkreis wird noch komplexer, sobald man sich vergegenwärtigt, daß nach Ansicht MAIWALDS [644] die eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen nur dann "materiellen" Zueignungscharakter hat, wenn der Schuldner in concreto bei Fälligkeit der Leistung eine Sicherungsmöglichkeit genommen werde, die ihm seine Eigentümerstellung noch bot - wobei gleichgültig sein soll, ob der Anknüpfungspunkt für diesen Ergebnis im Zueignungsbegriff oder beim Merkmal "rechtswidrig" gesucht werde [645]. Dieses Beispiel erfordert eine Klarstellung. Die Befürchtung MAIWALDS, die Einbeziehung der beschriebenen Fälle in den Regelungsbereich des Merkmals "rechtswidrig" ge-

---

641) GA 1971 S. 306 (308 u.)

642) Maiwald S. 104/105

643) S. 105 u.

644) S. 151 ff. (156)

645) Maiwald S. 159 Fußn. 158

schwöre ein "terminologisches Zwielicht", ist grundlos. Entscheidend ist die Zuordnung der in den Eigentumsdelikten erwähnten Rechtswidrigkeit. Ist diese nur in der Verbindung zur Zueignung verständlich, steht auf einem anderen Blatt, ob Rechtsfertigungssituationen (etwa §§ 229, 904 BGB) durch den Begriff "Rechtswidrigkeit der Zueignung" erfaßt werden. Unterfallen diese Rechtfertigungsfälle nicht dem Regelungsbereich der Rechtswidrigkeit der Zueignung, bleibt unbenommen, das allgemeine Verbrechensmerkmal "rechtswidrig" abzulehnen, das keinen sprachlichen Niederschlag in der Deliktsbeschreibung gefunden haben muß. Dies ist keine bahnbrechende Erkenntnis. Die Parallelsituation der Notwendigkeit zweier Rechtswidrigkeitsurteils wurde schon aufgezeigt [646]: Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung und die Rechtswidrigkeit der Handlungsmodalität sind getrennt nach unterschiedlichen Kriterien festzustellen [647].

3. Zusammenfassung

Unter Zugrundelegung der Vereinigungsformel bedürfen die Tatbestände der Zueignungsdelikte zur Aussonderung mehrerer nicht strafwürdiger Fallkonstellationen der Korrektur. Hierfür bietet sich das Merkmal "Rechtswidrigkeit der Zueignung" an. Der Zueignungsbegriff, den HIRSCH vertritt, vermag einige dieser Fälle nicht zu erfassen (z.B. § 910 BGB), zieht aber eine gewichtige Kritik auf sich. Der Zueignungsbegriff MAIWALDS weist keine klaren Konturen auf und bleibt daher unberücksichtigt. Die von MAIWALD geäußerte Befürchtung, durch Einbeziehung bestimmter Fallkonstellationen in den Regelungsbereich des Merkmals "rechtswidrig" entstehe

---

646) vgl. oben S. 138

647) wie insbesondere § 253 Abs. 1 und Abs. 2 belegen

ein "terminologisches Zwielicht", konnte zerstreut werden.

III Begriffsbestimmung der Rechtswidrigkeit der Zueignung

Konnte im Vorhergehenden dargelegt werden, daß insbesondere der Zueignungsbegriff der herrschenden Meinung das Unrecht der Zueignungsdelikte nicht klar zu umreißen vermag und so die Ausdehnung der Strafbarkeit auf strafunwürdige Verhaltensweisen zu befürchten ist, wird nachfolgend zu überlegen sein, ob und in welcher Weise der Begriff der "Rechtswidrigkeit der Zueignung" geeignet ist, die erwünschte Tatbestandskorrektur zu erbringen. Im Mittelpunkt der Diskussion steht dabei insbesondere der Fall der eigenmächtigen Zueignung geschuldeter Sachen. Seit jeher hat ihn die herrschende Meinung unter dem Blickwinkel des Zueignungsdelikts mit wechselnder Begründung [648] für straflos erachtet. Dabei ist zuweilen der Begriff der Rechtswidrigkeit der Zueignung in den Vordergrund gerückt und als Sitz des Problems erkannt worden. Die evidente Bedeutung dieses Begriffs wird auch neuerdings unterstrichen, da zur Stützung der herrschenden Ansicht neue Interpretationen entwickelt worden sind [649]. Der Widerstreit zur Minderheitsmeinung [650], die

---

648) vgl. die Darstellung bei Maiwald S. 151.-Ehemals hatte das Preuß. Obertribunal die Bereicherungsabsicht, die den Zueignungsdelikten als konstitutives Element zugeordnet war, verneint, Oppenhoff 6, 261(263); 9,732, vgl. dazu Brackenhöft Archiv des Criminalrechts N.F. 1852 S.12) ff. Daneben wurde in den Fällen, in denen zwar ein Anspruch, aber nicht als Übereignungsanspruch auf die konkrete Sache bestand, dem Täter häufig das Fehlen der Absicht rechtswidriger Zueignung zugute gehalten, Preuß.Obertribunal 5, 529; 15, 565 (566), RGSt 2, 184 (185); 6, 125(126); 25, 172(173), RG Rspr 2, 73(75). Einen Mangel der inneren Tatseite nimmt die Rspr in den Fällen eigenmächtiger Eintreibung einer bestehenden oder vermeintlichen Geldschuld an, BGHSt 17, 87, BGH GA 1962 S.144; 1966 S.211; 1968 S.12), OLG Hamm MDR 1969 S. 499 (bzgl. § 246)

649) vgl. Maiwald S. 151 ff.,Mohrbotter GA 1967 S.199 ff., Otto S. 212 ff., Schröder DRiZ 1956 S. 69 ff.

650) Gegen die hM haben sich neuerdings gestellt Baumann, Diss, S. 53, 54, Kempf, Diss. S. 23 ff., Hirsch JZ 1963 S. 149 ff., Welzel (seit der 9. Aufl.) § 47, 3

auch den Gläubiger, der eigenmächtig die geschuldete Sache an sich nimmt, dem Strafrichter zur Aburteilung aus dem Zueignungsdelikt überantworten will, erscheint so in einem helleren Licht. Gleichzeitig ist auch die Differenzierung der herrschenden Meinung zwischen Stück- und Gattungsschulden neu überdacht worden [651]. Diesem Gedanken wird im einzelnen nachzugehen sein.

1. Widerspruch zur Eigentumsordnung (Rechtsprechungsmeinung)

a) Herstellung des von der Eigentumsordnung gewollten Zustandes (Individualanspruch)

Das Reichsgericht hat die für die Folgezeit maßgebliche Definition der Rechtswidrigkeit der Zueignung in dem Urteil vom 30.5.1930 [652] aufgestellt. Der Entscheidung lag der - hier auf die Problematik reduzierte - Sachverhalt einer eigenmächtigen Wegnahme und Zueignung geschuldeter fremder Individualsachen zugrunde. Zur Frage der Rechtswidrigkeit der Zueignung hatte das Reichsgericht ausgeführt: "Die objektive Rechtswidrigkeit der Zueignung hat gerade zur Voraussetzung, daß für den Wegnehmenden ein Recht auf den eigentümlichen Erwerb der Sache nicht besteht. Die Eigenmächtigkeit der Wegnahme mag in einem solchen Falle der Rechtsordnung im allgemeinen widersprechen. Das genügt aber nicht, um die Rechtswidrigkeit der Zueignung im Tatbestand des Diebstahls zu begründen. Die Rechtswidrigkeit in diesem Sinne muß in einem vom Recht mißbilligten Widerspruch gerade zu dem E i g e n t u m s r e c h t e des Verletzten (mit der rechtlichen

651) neben den bereits genannten Autoren Maiwald S.159 ff. und Otto S. 224 f. vgl. Gribbohm NJW 1968 S. 240 f., Heimann-Trosien in LK 9. Aufl. § 242 Anm. 71, Lackner-Maassen § 242 5 c), Roxin in Mayer-Festschrift (1966) S. 467(478-483), Schönke-Schröder § 242 Anm. 57, 4 a

652) RGSt 64, 210

Eigentumsordnung) stehen. Hat der Wegnehmende aber einen fälligen und unbeschränkten Anspruch auf Übereignung einer bestimmten Sache, so schafft die Verwirklichung dieses Anspruches durch Wegnahme und Aneignung der Sache..... nur den vom Recht gewollten Zustand". Spätere Urteile [653] sind bis in die Jetztzeit ebenso für dieses Ergebnis eingetreten. Auch das überwiegende Schrifttum [654] unterstützt diese Auffassung.

b) Differenzierung zwischen Stück- und Gattungsschuld, insbesondere dargestellt anhand BGHSt 17, 87

Nach der Rechtsprechung ist allerdings nicht ohne eine differenzierende Betrachtung auszukommen: Bei Vorliegen einer Gattungsschuld stelle sich im Gegensatz zur Stückschuld die Rechtslage wegen der Auswahlbefugnis des Schuldners anders dar. Das entscheidende Kriterium wird darin

---

(653) RG HRR 1937 Nr. 209, BGHSt 17, 87, BGH GA 1962 S. 1[illegible], 1966 S. 211, 1968 S. 121, OLG Hamm MDR 1969 S. 499

(654) Beispiele Aus[illegible]schriften [illegible], [illegible] § 2n2 Anm. 7 a, Dreier § 242, [illegible] Niederschriften ed. 6 S. 15/16), Heymann-Trostes in LK [illegible] § 242 Anm. 70, [illegible] 6. Aufl. Vorbem. [illegible] § 242, Lackner-Maassen § 242, 5 c), Maurach BT I 2. [illegible] 2 [illegible], Mezger-Blei II § 46 I 5 -3.[illegible], Winkler-[illegible] 2 h) aa), Schönke-Schröder § 242 Anm. [illegible], [illegible] S. [illegible]), ders. DRiZ 19[illegible] S. 69, ders. JR 1962 S. 349 (348), ders. JR 1965 S. 27
mit eigener Wertung Reinold S. [illegible] ff., Mühroeller JA 1967 S. 199 ff.
vgl. aus den älteren Schriftum Allfeld S. 466, Binding I S. [illegible], [illegible] § 242 Anm. 10, Frank § 242 III 2 1, Bertauer Verl. Darst. AT VI S. 1[illegible] (215), Meyer Archiv des Bergerl. Rechts 19 (1901) S. 28[illegible]), Merkel HH III S. [illegible], v. Bubnoff § 242 Nr. 29 b) cc), v. Schwerin § 242 Anm. [illegible] u.a. - weitere Nachw. bei Kempf, Diss. S. 15 Fuss. [illegible], [illegible] Dorlis S. 4[illegible], v.Liszt-Schmidt S. 519; die zusätzlich die Voraussetzungen eines Selbsthilferechts verlangen: zum Selbsthilferecht vgl. unten S.195

gesehen, daß der Übereignungsanspruch auf die in concreto zugeeigneten Gattungssachen nicht gerichtet ist. Diese Argumentation läßt sich insbesondere unwidersprochen in der Judikatur seit der Entscheidung RGSt 25, 172 [655] verfolgen. In der Vielzahl der Erkenntnisse wird allerdings der dolus des Diebstahls (Raubes) [656] und der Unterschlagung [657] verneint. Einen vorläufigen Höhepunkt zur Rechtfertigung dieses Ergebnisses hat der Bundesgerichthof in seinem Urteil vom 12.1.1962 [658] gesetzt. Diesem unter dem Stichwort "Moos-raus-Fall" bekanntgeworfenen Erkenntnis lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

Der angeklagte Gastwirt H. forderte in Begleitung des O. auf der Straße seinen Zechschuldner G. mit den Worten "Moos raus" zur Begleichung der Zechschulden in Höhe von 20 DM auf. Den sich darauf abwendenden G. hielten H. und O. an den Armen fest. Mit Willen des H. untersuchte O. die Taschen des G. und händigte H. einen gefundenen 10-DM- und 5-DM-Schein aus.

Ganz auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung wird dargelegt, daß die eigenmächtige Wegnahme und Zueignung noch nicht ausgesonderter Gattungssachen "nicht den von der Eigentumsordnung gewollten endgültigen Zustand" herbeiführe [659]. Auch könne der Gläubiger dem Rück-

---

655) davor schon RGSt 2, 184(185) = Rspr 2, 73(74): objektiv kein Rechtsanspruch auf die konkreten Geldstücke; RGSt 6, 125(126)

656) schon RGSt 2, 184(185)= Rspr 2, 73(74) unter Hinweis auf Motive, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes von 1870 S. 673-676; fortführend BGH GA 1962 S. 144 unter Hinweis auf zwei unveröffentlichte Entsch. BGH-U. v. 11.10.1955 - 2 StR 259/55-, BGH-U. v. 31.10.1956 - 2 StR 324/56 -, BGHSt 17, 87. BGH GA 1966 S. 211 und BGH GA 1968 S. 121 berufen sich insoweit auf BGHSt 17, 87.
a.A. RGSt 25, 172(175). Das RG bejaht hier den Diebstahlsvorsatz und legt entscheidendes Gewicht auf die Feststellung, daß der Schuldner in für den Gläubiger erkennbarer und erkannter Weise bestimmte Geldstücke zur Leistung auf die Forderung ausgesondert hatte und der Angeklagte gleichwohl eigenmächtig ein anderes Geldstück an sich nahm

657) RGSt 6, 125(126), neuestens OLG Hamm MDR 1969 S. 499

658) BGHSt 17, 87

659) BGHSt 17, 87 (88)

gabeverlangen des Schuldners aus § 985 BGB weder ein Recht zum Besitz gemäß § 986 BGB noch die Einrede der allgemeinen Arglist entgegenhalten [660]. Eine mögliche Rechtfertigung gemäß § 229 BGB entfalle schon deshalb, weil das Selbsthilferecht, wie § 230 II BGB bestimme, allenfalls die S i c h e r s t e l l u n g [661], nicht aber die vollzogene B e f r i e d i g u n g [661] durch selbstherrliche Überführung in die eigene Verfügungsgewalt umfasse [662]. Die entscheidenden Ausführungen gelten daher der inneren Tatseite [663]. Der Täter könne einem doppelten Irrtum erlegen sein. Der Irrtum bezüglich des (nicht bestehenden) Rechts auf eigenmächtige Wegnahme mit dem Ziel der Befriedigung könne sich "naheliegenderweise auch auf die Befugnis erstreckt haben, von G.die Übereignung des Geldes, das dieser gerade bei sich trug, zu verlangen." Der Glaube an das Recht zur gewaltsamen Herbeiführung des Eigentümerwechsels umfasse regelmäßig auch den Glauben an das Bestehen des Anspruches, dessen - eigenmächtiger - Befriedigung die Wegnahme zur eigenen Verfügung dienen soll. "Der Angeklagte könnte somit das Vorhandensein eines Rechtfertigungsgrundes angenommen haben, der, wenn er von der Rechtsordnung anerkannt wäre, seiner mit der gewaltsamen Wegnahme erstrebten Zueignung des Geldes das Merkmal der Rechtswidrigkeit und damit die Tatbestandsmäßigkeit als Raub genommen hätte." [664] Der "nicht rechtskundige Täter" werde häufig als Geldgläubiger

---

660) BGHSt 17, 87 (88) unter Hinweis auf Schröder DRiZ 1956 S. 69 ff.

661) hervorgehoben in BGHSt 17, 87 (88)

662) BGHSt 17, 87(88). Demgegenüber erhebt Hirsch JZ 1963 S. 149(152 Fußn. 29 a.E.) unter Hinweis auf Erman-Hefermehl den Einwand, das Verfahren gemäß § 230 II BGB erübrige sich, wenn ein sachlich-rechtlicher Anspruch auf die die gemäß § 229 BGB weggenommene Sache bestehe. Im Ergebnis ist diese Frage freilich irrelevant, da der BGH aus anderen Gründen freisprach, vgl. den Text

663) BGHSt 17, 87 (90)

664) BGHSt 17, 87(90). Diese Aussage ist dogmatisch unhaltbar, vgl. nachfolgende Kritik auf S. 176

glauben, "jeweils die gerade im Besitz des Schuldners befindlichen Geldmittel als ihm unmittelbar und nicht vertretungsweise geschuldeten beanspruchen zu dürfen" [665]. Dieser Irrtum entspreche der Fehlvorstellung des Gläubigers, der irrig die weggenommene Individualsache als die ihm geschuldete bestimmte Sache ansehe. Insoweit würden in strafbefreiendem Tatbestandsirrtum (§ 59) die Merkmale eines vermeintlichen Rechtfertigungsgrundes angenommen.

c) Kritik an der Rechtsprechungsmeinung

aa) Kritik an BGHSt 17, 87

Die vorstehend wiedergegebene Entscheidung BGHSt 17, 87 zur Irrtumsproblematik bei eigenmächtiger Eintreibung einer fälligen Geldschuld ist nicht frei von Irrtümern [666]. Die Ursache hierfür ist in der unkritischen Übernahme der Ausführungen SCHRÖDERS in einem Aufsatz aus dem Jahre 1956 [667] zu suchen. Unverkennbar beruht nämlich das Urteil des Bundesgerichtshofes auf der geistigen Urheberschaft SCHRÖDERS. Seine Abhandlung "Rechtswidrigkeit und Irrtum bei Zueignungs- und Bereicherungsabsicht" gibt jedoch leicht Anlaß zu einem Mißverständnis, wenn dort eingangs bemerkt wird, die Rechtswidrigkeit (beispielsweise der Zueignung, Bereicherung, des notwehrbegründenden Angriffs) sei "nicht ein - den gesamten Tatbestand umfassendes - allgemeines Verbrechensmerkmal", andererseits aber in den späteren Ausführungen deutlich wird, daß SCHRÖDER [668] gleichwohl die Rechtswidrigkeit

---

665) insbes. bei "Geld als der schlechthin gleichartigen und vertretbaren Gattungssache", so BGHSt 17, 87(91)

666) Das Aufdecken dieser Irrtümer mag für einen Teilbereich dazu dienen, der warnenden Stimme Baumanns § 27 I 1 b -S. 398-, die Schuldtheorie führe sich selbst ad absurdum, den Wind aus den Segeln zu nehmen

667) DRiZ 1956 S. 69 ff.

668) DRiZ 1956 S. 69 (71 f.)

der Zueignung (und Bereicherung) als allgemeines Verbrechensmerkmal einstuft und den Irrtum über die Rechtswidrigkeit - vom Standpunkt der eingeschränkten Schuldtheorie aus - nach den Grundsätzen des Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund löst. Der Anspruch auf eine entsprechende Veränderung der objektiven Rechtslage stellt einen Rechtfertigungsgrund für die eigenmächtige Zueignung. Der Irrtum darüber, daß die Voraussetzungen dieses Rechts vorhanden sind, sei also strafbefreiend [669]. Da nach der Ansicht SCHRÖDERS die eigenmächtige Zueignung nicht ausgesonderter geschuldeter Gattungssachen nicht rechtfertige [670], sei die irrige Annahme des Gegenteils grundsätzlich ein Verbotsirrtum und nur ausnahmsweise ein Tatbestandsirrtum, wenn der Täter glaube, als Gläubiger gerade die bestimmten begrenzenden Leistungen beanspruchen zu dürfen, der Täter also irrig das Bestehen eines Individualanspruches auf die zugeeigneten Gegenstände annehme [671]. Der Bundesgerichtshof übernimmt nur in BGHSt 17, 87 ff. die oben skizzierten Gedanken SCHRÖDERS, bleibt aber dabei nicht konsequent, weil er entgegen der Ansicht SCHRÖDERS an der Auffassung festhält, die Rechtswidrigkeit der Zueignung gehöre zum Tatbestand [672], die vom Bundesgerichtshof gegebene Begründung überzeugt deshalb nicht. Wird - entgegen SCHRÖDER - die Rechtswidrigkeit der Zueignung als Tatbestandsmerkmal eingestuft und - insoweit in Übereinstimmung mit der Ansicht SCHRÖDERS - hervorgehoben, daß die eigenmächtige Zueignung geschuldeter Gattungssachen nicht die Rechtswidrigkeit der Zueignung entfallen läßt, sind allein die Grundsätze des Subsumtionsirrtums anwendbar. Ein anderer Weg eröffnet sich, sobald auch die Sachverhalte der eigenmächtigen Zueignung geschuldeter Gattungssachen dem Merkmal "Rechtswidrigkeit der

---

669) Schröder DRiZ 1956 S. 69(71 r.Sp.u.)
670) Schröder DRiZ 1956 S. 69(70)
671) Schröder DRiZ 1956 S. 69(72 l.Sp.o.)
672) Deutlich BGHSt 17, 87 unter 1 a) und S. 90 unter 1 b)

Zueignung" unterstellt werden [673]. Andererseits bleibt der Versuch SCHRÖDERS [674], die Rechtswidrigkeit der Zueignung als allgemeines Verbrechensmerkmal zu betrachten und das Bestehen eines fälligen Übereignungsanspruches auf die Individualsache als Rechtfertigungsgrund anzusehen, auf halbem Wege stehen und fügt sich nicht in die Systematik der Rechtfertigungsgründe, wie KEMPF [675] zutreffend nachgewiesen hat.

bb) Kritik am Argument der Herstellung des von der Eigentumsordnung gewollten Zustandes

Die Rechtsprechung beruft sich zur Stützung ihrer Ansicht, bei eigenmächtiger Zueignung geschuldeter bestimmter Sachen entfalle die Rechtswidrigkeit der Zueignung, auf das Argument, die Eigenmacht diene der Herstellung des von der Eigentumsordnung gewollten Zustandes [676]. Diese Beweisführung bietet eine breite Angriffsfläche der Kritik, die insofern auch nicht ausgeblieben ist [677]. Der von der Eigentumsordnung gewollte Zustand kann nur so beschaffen sein, daß der Übereignungsberechtigte Eigentümer geworden ist. Die eigenmächtige Zueignung unter Umgehung der Übereignungsvorschriften (§§ 929 ff. BGB) vereitelt aber gerade die Herstellung dieses Zustandes. Daher kann nicht verwundern, daß verschiedentlich versucht wurde, das Ergebnis der herrschenden Meinung auf andere Begründungen zu stellen, die nachfolgend zu nennen und zu würdigen sind.

---

673) so im älteren Schrifttum Allfeld S. 438 Fußn. 50,S.446 Fußn. 31, Binding I S. 272 Fußn. 5, Harburger VerglDarst BT VI S. 183(215 Fußn.2) und im neueren Schrifttum Gribbohm NJW 1968 S. 240 f., Heimann-Trosien in LK 9.Aufl. § 242 S. 159 ff., Otto S. 224 ff., differenzierend Schönke-Schröder § 242 Anm. 57, 4 a, beschränkt auf Geldansprüche Roxin in Mayer-Festschrift (1966) S. 467 (478 ff.), zur eigenen Ansicht vgl. unten S. 190

674) DRiZ 1956 S. 69 (71 f.)

675) Diss. S. 49 ff.

676) insbes. RGSt 64, 210(213), RG HRR 1937 Nr. 209, BGHSt 17, 87(89)

677) vgl. Kempf, Diss. S. 25 ff., Hirsch JZ 1963 S. 149 ff. - Andererseits wird der hM neuerdings eine beachtliche Schützenhilfe durch Maiwald S. 157 f u.a. unter Hinweis auf die Lehre Dulckeits vom "relativen Eigen" zuteil

2. Mangelnde Schutzwürdigkeit der Eigentümerposition (Schröder)

In seiner schon oben genannten Abhandlung zur Rechtswidrigkeit der Zueignung bekundet SCHRÖDER [678] offen, daß der eigenmächtig handelnde Gläubiger durch die Tat nicht Eigentümer werde und die Zueignung insofern nicht der Eigentumsordnung entspreche. Der durch die eigenmächtige Zueignung hergestellte Zustand sei aber - von der Eigentumsordnung her gesehen - nicht zu beanstanden, da der Täter, auf Herausgabe der Sache vom Eigentümer in Anspruch genommen, das Besitzrecht des § 986 BGB geltend machen könne [679]. Dies beweise, daß die schuldrechtliche Übereignungsverpflichtung die Schutzwürdigkeit der Eigentümerposition beseitige. Die auf § 986 BGB hinweisende Argumentation SCHRÖDERS, die sich insbesondere der Bundesgerichtshof in BGHSt 17, 87(89) zueigen gemacht hat, ist zu Recht kritisiert worden [680]. Zunächst ist in der Zivilrechtslehre, wie KEMPF [681] ausführlicher belegt, bestritten, ob der eigenmächtig die Kaufsache wegnehmende Käufer dem Eigentümer und Verkäufer das Besitzrecht des § 986 BGB entgegenhalten kann.

Wenn demgegenüber gleichwohl ein Teil der Zivilrechtslehre dem auf Besitzverschaffung in Anspruch genommenen Käufer gestattet, die Herausgabe der eigenmächtig erlangten Kaufsache unter Hinweis auf § 986 BGB zu verweigern, steht - wie KEMPF [682] eingehend begründet hat - hinter diesem Ergebnis der Gedanke, daß es rechtsmißbräuchlich wäre, wenn der Eigentümer und Verkäufer die Sache zurückverlangen kann, zu deren Übereignung er wiederhin verpflichtet ist. Die Schlußfolgerung SCHRÖDERS, die Eigentumsordnung beanstande dann also nicht den eigenmächtig hergestellten Zustand, so daß die Eigentümerposition auch

---

678) DRiZ 1956 S. 69(70 r.Sp.o.)
679) Schröder DRiZ 1956 S. 69
680) vgl. Kempf, Diss. S. 28 ff.; Hirsch JZ 1963 S. 149(151)
681) Diss. S. 28 ff
682) Diss. S. 33 ff.

nicht schutzwürdig sei, ist nicht zwingend: Der Käufer braucht die Sache zwar nicht herauszugeben, aber nicht deshalb, weil die Eigentumsordnung den eigenmächtig hergestellten Zustand billige, sondern weil das Recht nach dem Grundsatz "Dolo facit qui petit quod redditurus est" an unnützen Sachverschiebungen kein Interesse hat. Aus diesem Grunde - und eben nur dann - ist die Position des Eigentümers nicht schutzwürdig, wenn der Herausgabeanspruch durchgesetzt werden soll. Damit ist klargestellt, daß die ursprüngliche Herrschaftsposition dann nicht wieder begründet werden kann, aber noch nicht gesagt, daß die Eigentümerposition keinen Schutz verdiene, wenn sich der Gläubiger die zu übereignende Sache eigenmächtig verschafft. Das Zivilrecht erlaubt auch dem zur Übereignung Verpflichteten die Verteidigung seines Eigentums und die Abwehr einer verbotenen Eigenmacht. Daher stehen neuere Interpretationsversuche zur Rechtswidrigkeit der Zueignung zwar im Ergebnis mit der Rechtsprechungsmeinung und der Ansicht SCHRÖDERS auf einer Linie, ohne jedoch auf die Argumentation aus § 986 BGB abzustellen [683].

3. Entziehung der Sicherungsmöglichkeit (Maiwald)

Der Gedanke der mangelnden Schutzwürdigkeit der Eigentümerposition wird aus einem anderen Blickwinkel legitim. den MAIWALD herausgearbeitet hat. Die eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen sei nur dann "materielles" Zueignungsunrecht und somit strafbar, wenn dem Schuldner in concreto bei Fälligkeit der Leistung eine Sicherungsmöglichkeit genommen wird, die ihm seine Eigentümerstellung

683) vgl. Maiwald S. 156 f., Otto S. 222

noch bei [684], MAIWALD [685] gebührt insofern das Verdienst, für die Strafrechtsdiskussion die zivilrechtliche Erkenntnis fruchtbar gemacht zu haben, daß ein Grund der Trennung von sachenrechtlicher Eigentumsübertragung und schuldrechtlicher Übereignungsverpflichtung die Sicherungswirkung sei. Vor Vollzug des Eigentumswechsels solle der Schuldner überprüfen können, ob Störungen im Geschäftsablauf eingetreten sind (etwa die versprochene Vorleistung des Käufers nicht erbracht ist) [686]. Wenn, und dies wird der Regelfall sein, derartige Störungen nicht vorliegen, führt die eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen nicht zu einem Verlust der Übereignungsmöglichkeit. Anhand dieser Erwägung ist dann überzeugend der Ausschluß der Strafbarkeit für den Fall der eigenmächtigen Zueignung geschuldeter Sachen darzulegen. Eine allgemeine Definition der Rechtswidrigkeit der Zueignung ist damit allerdings noch nicht gefunden. Der Hauptgrund ist folgender: Unberücksichtigt bleiben die Fälle, in denen nicht ein (schuldrechtlicher) Übereignungsanspruch zur Debatte steht, sondern ein Herausgabeanspruch (z.B. §§ 1227,

---

684) Maiwald S. 156.- Eine andere, freilich von Maiwald S. 159 Fußn. 158 für nebensächlich erachtete Frage ist, ob dann die Zueignung oder, falls die Zueignung zu bejahen ist, ihre Rechtswidrigkeit entfällt. Der Standpunkt Maiwalds, dessen Zueignungsbegriff hier nicht zugrundegelegt werden soll, ist vorgezeichnet: Für Maiwald S. 143 ist die Entziehungsseite der Zueignung das "Auslöschen aller wesentlichen Funktionen der Sache". Im Stadium der Übereignungsverpflichtung ist sinnvolle Funktion der Sache allenfalls die Sicherungswirkung. Fehlt diese nach der jeweiligen Sachverhaltskonstellation, entfällt die Zueignung bei eigenmächtiger Veräußerung der geschuldeten Sache durch Wegnahme oder Manifestation des Zueignungswillens

685) S. 156 ff. unter Bezug auf die zeitgen. Zivilrechtsliteratur

686) Der zueignungsnahe Sinn [illegible] Hindernisse [illegible] (z.B. Irrtum), die eigenmächtige Zueignung einer geschuldeten Sache bei [illegible] einmal eine widerrechtliche Handlung und [illegible] "Danach" liegen Unrecht sind in der Gesetzes- [illegible] sondern in der des Zivilrechts, das zwischen dem schuldrechtlichen Vertrag und dem Verfügungsgeschäft unterscheide, ist damit der Boden entzogen

985 BGB), ein Teilungsanspruch gemäß §§ 747 ff. BGB, der Gewinnziehungsanspruch des Gesellschafters und ein Anspruch auf den Nutzwert der Sache. Ungewiß ist insoweit ebenfalls die Behandlung des Falles der eigenmächtigen Inpfandnahme einer fremden Sache in Verwertungsabsichten, um sich für eine Forderung bezahlt zu machen.

4. Zweckbindung des Eigentums (Mohrbotter)

[illegible] Meinung unter Hervorhebung des Gedankens der Zweckbindung des Eigentums. Zwar greife der Täter in die bislang ungestörte Eigentumsordnung störend ein. Damit sei aber das Urteil über die Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung noch nicht gefällt. Die eigentumsrechtlichen Beinhalteten nicht nur die institutionelle Garantie der Integrität des Eigentums. Für den I n h a l t [688] des durch sie geschützten Eigentums sei die Zweckbindung des Eigentums von eminenter Wichtigkeit. Durch Eingehen einer Übereignungsverpflichtung verändere der Eigentümer seine Rechtsstellung insoweit, daß er "von nun an gegen den Eingriff des eigenmächtig Handelnden, durch die Zweckbindung Begünstigten, nicht mehr geschützt" sei [689].

Diese Begründung läßt jedoch das gleiche Unbehagen aufkommen, das schon an anderer Stelle festgestellt wurde - nämlich bei der Erörterung der Frage, ob die Verpflichtungserklärung zur Überführung eines Vermögenswertes zugleich die Preisgabe des Rechtsguts Vermögen gegenüber Eingriffen des Berechtigten enthalte [690]. Auch hier kann diese Frage nicht bejaht werden: Die eigenmächtige Zueig-

---

687) GA 1967 S. 199(203 f.)
688) hervorgehoben durch Mohrbotter GA 1967 S. 199(203)
689) GA 1967 S. 199 (204 o.)
690) vgl. oben S. 65

nung bleibt eine rechtswidrige, notwehrbegründende Handlung [691]. Gleichwohl weist die Auffassung MOHRBOTTERS auf einen richtigen Kern. Die Zueignungsdelikte dienen nicht dem Schutz der formalen Eigentümerposition, eines Eigentums, das "in Wahrheit eine Hülse ohne Inhalt" ist, wie es MAIWALD [692] bildhaft umschrieben hat. Hier liegt der Ansatz zur Lösung.

5. Eigener Lösungsversuch

Der Fall der eigenmächtigen Zueignung einer geschuldeten Individualsache steht im Mittelpunkt der Diskussion zur Rechtswidrigkeit der Zueignung. Aber die Definition dieses Begriffes ist nicht allein im Hinblick auf diese - sicherlich wichtige - Sachverhaltskonstellation zu suchen. Einer überzeugenden Lösung harren daneben die (häufigen) Fälle der eigenmächtigen Zueignung geschuldeter Gattungssachen (insbesondere Geld). Die Verlagerung der Problematik in den Bereich des Irrtums ist, wie gezeigt [693], gänzlich unbefriedigend . Auch muß die Interpretation der Rechtswidrigkeit der Zueignung der Aufgabe genügen, weitere Fälle in den Regelungsbereich dieses Begriffes einbeziehen oder aussondern zu können. Dies sind die Fälle der Zueignung fremder Sachen ohne Überschreitung anteiliger Berechtigung, der Zueignung einer Sache, deren Nutzwert geschuldet wird, und der eigenmächtigen Inpfandnahme einer fremden Sache in Verwertungsabsicht, um sich für eine Forderung bezahlt zu machen.

In den vorstehend wiedergegebenen Interpretationsversuchen klingt mehrmals an, daß es letztlich um die Bestimmung des "materialen" Charakters der Zueignungsdelikte geht. Diese Frage stellt sich hier pointierter als für den Bereich der Bereicherungsdelikte, da hier - entgegen HIRSCH -

---

691) ebenso Maiwald S. 153
692) JA 1971, StR S. 151
693) oben S. 175 ff.

das Zivilrecht den Strafrechtler im Stich läßt. Die zwar nicht zu leugnende akzessorische Bindung an den zivilrechtlichen Eigentumsbegriff darf nicht dazu verleiten, der Überlegung nach dem Strafzweck der Zueignungsdelikte auszuweichen. Dabei sind Gemeinsamkeiten und Besonderheiten im Verhältnis zu den Vermögensdelikten im weiteren Sinne aufzuzeigen, um von hier aus Rückschlüsse zur Rechtswidrigkeit der Zueignung ziehen zu können.

a) Eigentumsordnung als Bestandteil der Vermögensordnung

Die Zueignungsdelikte sind den Strafbestimmungen zum Schutz des Vermögens zuzurechnen. Dieser systematischen Einordnung wird unabhängig von der weiteren Frage zugestimmt, ob die Diebstahlsvorschrift und die Raubvorschrift neben dem Eigentum noch weitere Rechtsgüter schützen [694]. Insbesondere OTTO [695] unterstreicht die inhaltliche Verwandtschaft der Zueignungsdelikte und der Vermögensdelikte im weiteren Sinne: "Die Eigentumsordnung ist Teil der Vermögensordnung." [696] Von untergeordneter Bedeutung ist insoweit die unterschiedliche Tatbestandsstruktur von Diebstahl und Betrug, die immerhin eine Erklärung darin finden mag, daß die Tatbestände des § 242 und des § 263 "sich als eine Abstraktion aus noch konkreteren Fallbildern entwickelt" [697] haben. Die Aufspaltung in generelle (§§ 253 ff.) und spezielle (§§ 242 ff.) Vermögensdelikte ist jedoch nicht rein zufällig oder allein aus der historischen Entwicklung erklärbar, sondern in der Verschiedenheit der Angriffsobjekte begründet. Angriffsobjekt

694) vgl. Maurach BT § 24 -S.185 ff.-,Welzel vor § 46 -S.339- und insbes. Otto S. 15 ff.

695) S. 223

696) freilich nur im Grundsatz, da sich das Eigentum auch auf objektiv wertlose Sachen, an denen reine Affektionsinteressen bestehen können,erstreckt

697) Otto S. 16

der §§ 253, 263, 266 ist das Vermögen als Ganzes, in den Eigentumsdelikten ist es die fremde Sache. Von hier aus ist der Gedankengang weiterzuführen und sind die Besonderheiten der §§ 242 ff. im Verhältnis zu den §§ 253 ff. zu erklären [698].

b) Eigentumsordnung zum Schutz der Herrschaftsbefugnis über eine Sache

Handlungsobjekt der Zueignungsdelikte ist die fremde Sache als körperlicher Gegenstand. Hierin sind sich die Vertreter aller Zueignungstheorien einig [699]. Selten wird jedoch nach dem materialen Charakter der Zueignungsdelikte geforscht. Gewiß ist, daß das Eigentum geschützt werden soll. Da das Eigentumsrecht sich nur auf bestimmte Sachen beziehen kann, ist Anknüpfungspunkt der strafrechtlichen Wertung der unberechtigte Sachangriff unter Verneinung des Eigentumsrechts [700]. Unbeantwortet bleibt aber die weitergehende Frage nach dem Inhalt des Eigentumsschutzes. Eigentumsschutz ist einmal, wie im vorhergehenden Absatz herausgestellt, Vermögensschutz. Eigentumsschutz kann jedoch mehr beinhalten. So fragt sich, ob durch den Eigentumsschutz auch Gewahrsamsschutz in den Zueignungsstrafbestimmungen verwirklicht werden soll. Gewiß ist nämlich, daß jedenfalls der Gewahrsam als tatsächliches Herrschaftsverhältnis über eine Sache nicht allein Schutzobjekt der Zueignungsvorschriften sein kann. Die Gebrauchsanmaßung ist kein Zueignungsunrecht. Andererseits belegt § 246, daß der Gewahrsamsverlust kein essentielles Kriterium des Zueignungsunrechts sein kann [701].

---

698) und weniger durch das Fehlen der Bereicherungsabsicht in den §§ 242 ff. Die Bereicherungsabsicht mußte vielmehr, um gegenüber der bloßen Vermögensbeschädigung abzugrenzen, in die §§ 253 ff. aufgenommen werden, weil in den §§ 253 ff. ein bestimmtes Zueignungsobjekt wie die fremde Sache in den Zueignungsdelikten nicht vorausgesetzt wird

699) Der Streit beginnt bei der Frage, was Zueignungsobjekt ist: die Sache selbst oder der in ihr verkörperte Wert oder beides, vgl. oben S.149

700) Die Begrenzung zur Sachbeschädigung ermöglicht dann erst die positive Zueignungsseite

701) Im untergeordneten Bedeutung ist daneben die Frage, ob die §§ 246, 248 den Gewahrsam in den Rang eines Rechtsguts erheben.

Festzuhalten ist mithin, daß für das Zueignungsunrecht der Gewahrsam am Handlungsobjekt irrelevant ist; eine hier nicht weiter interessierende Frage ist freilich, ob die §§ 242, 249 sowohl Eigentumsschutz als auch Gewahrsamsschutz gewähren. Mit der Feststellung, daß über das Eigentum nicht auch das tatsächliche Herrschaftsverhältnis geschützt wird, ist aber - und dieses kann eine zweite Komponente des Eigentumsschutzes über den Vermögensschutz hinaus sein - noch nicht entschieden, ob die Zueignungsstrafbestimmungen nicht auch den Schutz der Herrschaftsbefugnis des Eigentümers über die Sache bezwecken. Die aus § 903 BGB fließende Herrschaftsbefugnis, mit der eigenen Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, ist vom Bestehen eigenen Gewahrsams an der Sache unabhängig und lediglich an das Eigentumsrecht gebunden. Ein Angriff auf das Eigentum enthält zugleich immer einen Angriff auf diese Herrschaftsbefugnis; dem Eigentümer wird die Möglichkeit genommen, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren. Damit ist Eigentumsschutz in den Zueignungsvorschriften zweierlei: Vermögensschutz und Schutz der Herrschaftsbefugnis des Eigentümers, und zwar in dem Sinne, daß das fortbestehende Eigentumsrecht durch Entzug der Sache faktisch ausgehöhlt wird. Dieser Inhalt des Eigentumsschutzes erklärt - von den besonderen Begehungsweisen abgesehen - die Unterschiede der Zueignungsdelikte zu den Vermögensdelikten im weiteren Sinne.
Die Wegnahme einer Sache in Zueignungsabsicht ist auch strafbarer Diebstahl, wenn der entsprechende Vermögenswert zurückgelassen wird. Das Prinzip des Schadensausgleichs ist hier unanwendbar. Als zweite Besonderheit der §§ 242 ff. im Verhältnis zu den §§ 253 ff. ergibt sich, daß auch objektiv wertlose Sachen, an denen reine Affektionsinteressen bestehen, taugliche Objekte der Zueignungsbehandlung sein können. Die Überlegungen zum Inhalt der Eigentumsordnung zeigen mithin: Das Eigentum muß in materialer Sicht zwei Funktionen erfüllen. Es muß, da die Eigentumsordnung Teil der Vermögensordnung ist, den Eigentümer

als denjenigen ausweisen, dem der durch die Sache konkretisierte Vermögenswert auch gebührt (Vermögensberechtigung) [702]. Zum zweiten ist über das Eigentum die Sache einer bestimmten Person zugeordnet, der die Herrschaftsbefugnis zusteht, mit der Sache nach Belieben, zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen [703].

c) Inhalt des Eigentumsschutzes: Vermögensschutz und Schutz der Herrschaftsbefugnis über eine Sache

Von dem Zueignungsunrecht im Sinne der §§ 242 ff. kann demnach nur gesprochen werden, wenn zwei das Eigentum kennzeichnende Funktionen festgestellt werden können. Einmal weist das Eigentum auf den berechtigten Sachinhaber, der die Herrschaftsbefugnis über die Sache hat. Zum zweiten ist die Eigentumsordnung Teil der Vermögensordnung, so daß das Eigentum den durch die Sache konkretisierten Vermögenswert oder zumindestens das an der Sache bestehende Affektionsinteresse der Sachinhaber zuordnet. Beide Funktionen müssen gegeben sein, damit das Eigentum den strafrechtlichen Schutz der Zueignungsvorschriften genießen kann. Diese Erkenntnis ist Ausgangspunkt zur Erfassung der Rechtswidrigkeit der Zueignung. Wird eine Sache verkauft, verliert das noch bestehende Eigentum die Funktion, den Eigentümer auch als denjenigen auszuweisen, dem der Vermögenswert der Sache gebührt. Im Stadium der Übereignungsverpflichtung hat der Eigentümer zwar noch nicht die Gesamtverfügungsmacht über die zu übereignende Sache verloren. Der Vermögenswert aber - und in Paranthese sei eingeschoben, daß das

---

702) Zum Inhalt der "Vermögensberechtigung" vgl. oben S. 122

703) Der Zueignungsbegriff der h.M. hebt aus diesem Grund u.a. auf die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Herrschaftsmacht über die Sache ab, vgl. oben S. 149 und Fußn. 559, 562, 563

Objekt einer Anspruchsbeziehung immer einen objektiv meßbaren Wert haben wird, wie die oben genannten Beispiele [704] belegen können- gebührt dem obligatorisch Berechtigten. Dies ist im Anschluß an die oben angestellten Überlegungen zum Inhalt des subjektiven Rechts auch hier festzuhalten. Das bedeutet: Eignet sich der obligatorisch Berechtigte die zu übereignende fremde Sache eigenmächtig zu, wird die Herrschaftsfunktion des Sachinhabers beeinträchtigt - und insoweit ist die Handlung rechtswidrig und notwehrbegründend [705]; der Tatbestand eines Zueignungsdelikts wird aber dennoch nicht verwirklicht, da die durch die Eigentumsordnung in spezie repräsentierte Vermögensordnung nicht verletzt wird. In der Terminologie des Gesetzes heißt dies: Die Zueignung entbehrt der Rechtswidrigkeit. Diese Feststellungen sind nun nicht auf den Fall der eigenmächtigen Zueignung einer gewohnheitsrechtlichen Individualsache begrenzt, wie noch darzulegen sein wird.

d) Definition der Rechtswidrigkeit der Zueignung

Nach den Ausführungen ergibt sich die Definition der Rechtswidrigkeit der Zueignung:

> Die Rechtswidrigkeit der Zueignung ist gegeben, wenn die Zueignung der fremden Sache der durch die Eigentumsordnung in spezie repräsentierten Vermögensordnung widerstreitet.
>
> Die Rechtsmäßigkeit der Zueignung fehlt, wenn die Zueignung der fremden Sache der durch die Eigentumsordnung in spezie repräsentierten Vermögensordnung entspricht.

---

704) oben S.143 f.

705) oben S. 122 ff.

706) ebenso Maiwald JA 1971, StR S. 147 (151)

I) [illegible] der Zueignung auf Problemsachverhalte

1. Herausgabeanspruch

Steht der dingliche Herausgabeanspruch des § 985 BGB in [illegible] Tat eigenmächtig das Diebesgut wieder an sich - ist das Handlungsobjekt die eigene Sache, so daß das Merkmal der "Fremdheit" nicht gegeben ist. Ausnahmsweise kann ein Herausgabeanspruch aber auch auf eine fremde Sache gerichtet sein. Als Beispiel sei der Herausgabeanspruch des Pfandgläubigers auf die Pfandsache zum Zwecke der Verwertung genannt (§§ 1227, 985 BGB). Dieser Anspruch legitimiert selbst gegenüber dem Eigentümer [708]. Hat der Eigentümer die Pfandsache in Besitz, wird bei eigenmächtiger Entwendung durch den Pfandgläubiger die Vermögensordnung nicht verletzt. In Analogie zu den Grundsätzen zur Rechtswidrigkeit der Bereicherung gilt auch hier: Besteht eine Anspruchsbeziehung, ist der Vermögenswert - im Beispielsfall die Befugnis zum Haben der Pfandsache zum Zwecke der Verwertung (nicht zur selbstherrlichen Überführung der Sache in das eigene Vermögen) - dem Berechtigten zugewiesen. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung kann für den Fall der eigenmächtigen Ansichnahme der Pfandsache durch den Pfandgläubiger nicht festgestellt werden.

2. Übereignungsansprüche

a) Individualanspruch

Keine Schwierigkeit bereitet der Sachverhalt, in dem der Täter sich eigenmächtig bestimmte geschuldete Sachen zueignet.

---

707) Nach Beendigung sind eventuell naheliegende Rechtfertigungsgründe wie § 859 BGB oder § 53 nicht mehr gegeben

708) Palandt-Degenhart § 1227, 2

Es fehlt die Rechtswidrigkeit der Zueignung. Freilich muß, wie mit Blick auf die oben gefundenen Ergebnisse zur Rechtswidrigkeit der Bereicherung [709] bei Ablisten oder Abnötigen der geschuldeten Leistung in Erinnerung zu rufen ist, [illegible] unbedingt und einredefrei sein muß.

b) Gattungs- und Geldansprüche

Die vielfach kritisierte Differenzierung der herrschenden Meinung zwischen Individual- und Gattungsanspruch ist auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung nicht vorzunehmen. Ist der Anspruch auf eine bestimmte Anzahl noch auszusondernder Gattungssachen oder auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet, gebührt der so umrissene Vermögenswert dem Berechtigten. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung ist nicht aufzeigbar, soweit der Täter sich durch Zueignung einzelner Gattungsgegenstände oder Geldstücke für seine Forderung befriedigen will. Unerheblich ist insoweit die selbstherrliche Aussonderung aus dem Bestand der fremden Gattungssachen [711]. Im Ergebnis tritt heute eine im Vordringen befindliche beachtliche Meinung [712] für den Fortfall der Rechtswidrigkeit der Zueignung ein, wenn sowohl geschuldete Individualsachen

---

709) vgl. oben S. 130 und Fußn. 492 - 495

710) Das Erfordernis der Fälligkeit des Anspruches nennen: RGSt 64, 210(213) RG HRR 1937 Nr. 209, BGH GA 1962 S. 144; 1966 S. 211 (212); 1968 S. 121

711) Unstatthaft ist freilich, eine bereits für einen anderen Gläubiger ausgesonderte Gattungssache quasi wieder in den Gattungsbestand einzugliedern und diese Sache als der Gattung nach geschuldete Sache an sich zu nehmen. Die vom Schuldner bewirkte Konkretisierung zugunsten eines bestimmten Gläubigers ist für den anderen Gläubiger insofern bindend, als dieser Gegenstand nun nicht mehr zum Bestand der Gattung zählen soll

712) vgl. Gribbohm NJW 1968 S. 240 Heimann-Trosien in LK 9.Aufl. § 242 Anm. 71 (abtastend), Maiwald S. 159 ff., Otto S. 224 ff., diff. Schönke-Schröder § 242 Anm. 57, 4 a, beschränkt auf Geldansprüche in überzeugender Anlehnung an den Wertsummengedanken im Zivilrecht Roxin in Mayer-Festschrift (1966) S. 467 (478 ff.)

als auch Gattungssachen eigenmächtig zugeeignet werden. Wird, wie hier, entscheidend auf das inhaltliche Substrat der Eigentumsordnung, auf die durch die Eigentumsordnung in spezie repräsentierte Vermögensordnung, abgestellt, bedarf es gar nicht der mit Akribie geführten Untersuchung MAIWALDS [713] zur Auswahl"befugnis" des Schuldners bezüglich der Gattungssachen.

3. Der durch anteilige Berechtigung begrenzte Anspruch

Unter Hervorhebung des Gedankens des auch hinter den Zueignungsstrafbestimmungen stehenden Vermögensschutzes sind auch die Fälle zu lösen, in denen der Täter sich fremde Sachen ohne Überschreitung anteiliger Berechtigung eigenmächtig zueignet [714]. In diesen Fällen mangelt es an der Rechtswidrigkeit der Zueignung, soweit dem Täter ein rechtlich begründeter Teilungsanspruch zusteht. Ist dagegen der Teilungsanspruch - etwa des BGB-Gesellschafters, § 719 I BGB - ausgeschlossen, ist bei eigenmächtiger Zueignung eines Gesellschaftsgegenstandes, auch soweit dieser Gegenstand den Anteil des BGB-Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen nicht übersteigt, die Rechtswidrigkeit der Zueignung gegeben. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung fehlt demgegenüber, wenn der Miteigentümer sich den ihm zustehenden Anteil am vermischten Geldbestand eigenmächtig zueignet, §§ 948, 947, 747, 749, 752 I BGB. Das gleiche gilt etwa auch, wenn der entnahmeberechtigte Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft (§ 122 HGB) erkennbar unter Anrechnung auf seinen Gewinnanteil Geld aus der Gesellschaftskasse zu eigenem Nutzen entwendet oder verbraucht.

---

713) S. 159 ff. Freilich geht es Maiwald im Sinne seiner Definition um den - erbrachten - Nachweis, daß die Vereitelung der Konkretisierungs"befugnis" des Schuldners durch den Gläubiger keine Beschneidung der dem Schuldner vom Recht zugebilligten Möglichkeiten sein kann, Maiwald S. 161 -Ebenso bezweifeln Hirsch JZ 1963 S. 149 (151) und Otto S. 224 f. zu Recht, daß der Widerspruch zur Eigentumsordnung im Angriff auf die Auswahlbefugnis des Schuldners zu sehen sei, so aber RGSt 25, 172(173 u.) und BGHSt 17, 87(88)

714) Beispiele oben S. 151 ff.

4. [illegible]

Kann der Nutzwert einer Sache kraft Rechtsgeschäfts beansprucht werden, steht der Vermögenswert insoweit dem Begünstigten zu, so daß die Wegnahme der Sache mit dem Willen, diese nach Benutzung - im Sachwert weitgehend gemindert - zurückzugeben, keinen Diebstahl begründet. Im oben gebildeten Beispielsfall [715] - Entwendung des als Leihgegenstand vorgesehenen Tourenwagens mit dem Willen zur Rückgabe nach Beendigung der Rallye - würde, falls das Zueignungsmerkmal als erfüllt anzusehen ist, jedenfalls die Rechtswidrigkeit der Zueignung entfallen.

5. Forderung und eigenmächtige Inpfandnahme einer fremden Sache in Verwertungsabsicht [716]

Besteht eine (Geld-)Forderung, widerspricht die eigenmächtige Inpfandnahme einer fremden Sache in Verwertungsabsicht - unabhängig vom Angriff auf die Herrschaftsbefugnis - auch der Vermögensordnung. Der Vermögenswert des Pfandobjekts als Verwertungsgegenstand ist dem Begünstigten nur nach wirksamer Verpfändung zugewiesen. Die Eigenmacht allein kann ein derartiges Recht nicht begründen. Der Einklang mit der Vermögensordnung setzt die Zuweisung des Vermögenswertes an den Begünstigten voraus. Fehlt diese, wie hier, ist die Rechtswidrigkeit der Zueignung nicht abzustreiten [717].

6. Aneignungsrechte

Die gesetzliche Gestattung der Aneignung (etwa das bereits mehrfach zitierte Beispiel des § 910 BGB), aber auch die auf Rechtsgeschäft beruhende Befugnis zur Aneignung (zum

---

715) oben S.154

716) Fehlt die Verwertungsabsicht, liegt keine Zueignung vor, vgl. oben S.157 . Dies übersieht Otto S. 231 unter Fallgruppe b)

717) Richtig RGSt 1, 193 f., RG LZ 1917 Sp. 809 Nr. 15

Beispiel das Aneignungsrecht des Fruchtziehungsberechtigten, § 956 BGB), enthalten Vermögenszuweisungen an den Berechtigten. Die Handlungen in Ausübung des Aneignungsrechts können als Zueignung angesehen werden, nehmen dieser aber die Rechtswidrigkeit.

V Rechtswidrigkeit der Zueignung und Rechtfertigungsfälle

Für den Bereich der Eigentumsdelikte sind verschiedene Rechtfertigungssituationen denkbar, so daß die Frage nach dem Verhältnis der Rechtswidrigkeit der Zueignung zu diesen Situationen aufzuwerfen und insbesondere zu klären ist, ob nicht bereits die Rechtswidrigkeit der Zueignung entfällt.

1. Einwilligung in die Zueignung

Schon oben [718)] wurde aufgezeigt, daß die Zustimmung zur Zueignung nicht notwendig als wirksames, annahmefähiges Übereignungsangebot anzusehen ist, so daß Fallkonstellationen verbleiben, in denen an der Fremdheit der Sache nicht zu rütteln ist, die Zueignung aber mit Willen des Eigentümers oder Verfügungsberechtigten erfolgt. Dann fragt es sich, ob die Einwilligung in die Zueignung die Rechtswidrigkeit der Zueignung oder erst die Deliktsrechtswidrigkeit ausschließt. Nach der hier vertretenen Auffassung zur Rechtswidrigkeit der Zueignung ist entscheidend, ob dem aufgrund der Einwilligung Begünstigten bereits der Vermögenswert zugewiesen ist und ihm allein gebührt. Dies ist abzulehnen. In den hier interessierenden Fällen, in denen der Begünstigte nicht durch Annahme eines Übereignungsangebotes gemäß §§ 929 ff. BGB Eigentümer wird, ist

---

718) oben S. 159 f.

die Einwilligung Rechtsschutzverzicht bezüglich des bedrohten Rechtsguts [719], in concreto die Preisgabe der Sache, ein Sichabfinden mit dem Sachverlust und enthält keine Vermögenszuweisung an den Täter. Liegt eine Zustimmung zur Zueignung vor, bleibt die Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung unberührt; es entfällt aber die Deliktsrechtswidrigkeit nach den allgemeinen Grundsätzen zur rechtfertigenden Einwilligung[720].

Die gegenteilige Auffassung im Schrifttum [721], die Einwilligung in die Zueignung beseitige deren Rechtswidrigkeit, überzeugt nicht. Diese Ansicht scheint auf die Entscheidung RGSt 44, 41(42) zurückzugehen [722]. Nach dem diesem Erkenntnis zugrundeliegenden Sachverhalt hatte sich ein Gerichtsvollzieher gegenüber dem Vorwurf einer einfachen Amtsunterschlagung zu verantworten, nachdem der Vollstreckungsschuldner ihm mehrere Gegenstände aus der Pfandmasse wirksam in Erfüllung eines Kaufvertrages zu Eigentum übertragen hatte. Als zum Freispruch führende Gründe sind angegeben [723]: § 350 setze wie § 246 voraus, daß die Zueignung rechtswidrig sei; § 246 schütze das Eigentumsrecht gegen Verletzung durch Zueignung. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung als Tatbestandsmerkmal der Unterschlagung erfordere die Verletzung des Eigentums eines anderen. Eine solche Verletzung fehle, wenn der Eigentümer oder der zur Eigentumsübertragung Berechtigte mit der Zueignung einverstanden sei. Die gegebene Bestimmung ist einverständlich. Nicht die Einwilligung in die Zueignung, sondern das Bestehen des [illegible] Einwilligungsmaßnahmen läßt die Rechtswidrigkeit der Zueignung entfallen. So gesehen, [illegible] mit dem hier erarbeiteten Ergebnis.

---

719) [illegible]

720) [illegible] atbestandsausschluß annimmt

721) [illegible] § 242 Anm. 40

722) [illegible] Vorbem. D VIII vor § 242

723) RGSt 44, 41(42)

Die herrschende Meinung im Schrifttum kann also nicht recht dartun, weshalb die Einwilligung in die Zueignung deren Rechtswidrigkeit beseitigen soll. Lediglich die Ansicht SCHRÖDERS läßt eine plausible Begründung erkennen. Wird die Rechtswidrigkeit der Zueignung als allgemeines Verbrechensmerkmal eingestuft, wie es SCHRÖDER [724] vorschlägt, ist der Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch die rechtfertigende Einwilligung zwingende Konsequenz. Im Ergebnis wird dann wie im Text die Einwilligung in die Zueignung den Rechtfertigungsgründen zugerechnet [725].

2. Einziehung, Beschlagnahme, Selbsthilfe, Aggressivnotstand, Notwehr und übergesetzlicher Notstand

Eindeutiger läßt sich das Verhältnis des Merkmals "Rechtswidrigkeit der Zueignung" zu den weiteren, in der Überschrift angegebenen Rechtfertigungssituationen bestimmen. Diese Fälle betreffen allein die Handlungsweise, die ausnahmsweise für erlaubt gehalten wird. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung wird nicht berührt. Eine hier nicht weiter interessierende und nicht zu entscheidende Frage ist, ob ein übergesetzlicher Notstand für den Bereich der Eigentumsdelikte denkbar ist, wenn gleichartige wirtschaftliche Verluste verschiedener Größenordnung einander gegenüberstehen [726].

---

724) DRiZ 1956 S. 69 ff. Ob diese Auffassung noch aufrechtzuerhalten ist, nachdem Schröder in JZ 1965 S. 513 (515) (ebenso Schönke-Schröder § 263 Anm. 63 b, 118 d) die Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung als zusätzliches Tatbestandsmerkmal qualifiziert, ist freilich zweifelhaft, vgl. auch Schröder JR 1962 S. 347(348)

725) ebenso LK 9. Aufl. § 242 Anm. 72
a.A. BGH-U. v. 18.5.54 - 5 StR 134/54 - mitgeteilt bei Pfeiffer-Maul-Schulte § 246 Anm. 16: Das fehlende Einverständnis des Verfügungsberechtigten sei ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 246, ein Irrtum über die Einwilligung des Berechtigten daher Tatbestandsirrtum

726) bejahend BGHSt 12, 299 = JZ 1959 S. 493, zu Recht verneinend Bockelmann in seiner Anmerkung JZ 1959 S. 495 (498 f.) vgl. auch Mohrbotter GA 1967 S. 199(208)

Andere Rechtfertigungsfälle sind jedenfalls möglich und betreffen nicht die Rechtswidrigkeit der Zueignung. § 904 BGB rechtfertigt, wie oben gezeigt, die eigenmächtige Einwirkung auf die Sache und ist ohne Einfluß auf die Vermögensordnung. Die Selbsthilfe gestattet ausnahmsweise die eigenmächtige Handlung zu Sicherungszwecken und enthält keine Aussage zur Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Zueignung [727]. § 53 berechtigt, dem Angreifer das Messer zu entreißen - freilich wird die Zueignungsabsicht schon in der Regel fehlen. Diese Beispiele machen deutlich, daß für den Bereich der Eigentumsdelikte - das analoge Bild für den Bereich der Vermögensdelikte im weiteren Sinne ist oben aufgezeichnet [728] - zwei Rechtfertigungsurteile zu fällen sind: dasjenige über die Rechtswidrigkeit der Zueignung und dasjenige über die Rechtswidrigkeit der Handlungsweise. Beide [illegible] Grundsätze der Rechtfertigungslehre.

3. Abschnitt: Rechtswidrigkeit der Bereicherung und der Zueignung und Behandlung der Irrtumsfälle

1. Vergleich der Begriffe Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Rechtswidrigkeit der Zueignung

Die Untersuchung hat ergeben: Die Begriffe "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" und "Rechtswidrigkeit der Zueignung" beruhen auf gleichen materiellen Kriterien und erfüllen dem gleichen gesetzgeberischen Zweck: die Tatbestandskorrektur

---

727) Dies wird nicht immer klar auseinandergehalten, irrtümlich stellen Lackner-Maennel [illegible] das Selbsthilferecht an die Seite des Aneignungsrechts und behandeln beides gleich.

728) oben S. 138

durch Aussonderung strafunwürdiger Verhaltensweisen. Aus der Besonderheit der Zueignungsdelikte im Verhältnis zu den Vermögensdelikten im weiteren Sinne als Delikte, die sowohl Vermögenssch-utz als auch Schutz vor dem Verlust der Herrschaftsbefugnis über die konkrete Sache gewähren [729], sind für die Rechtswidrigkeit der Zueignung keine Folgerungen herzuleiten, die diesem Merkmal einen anderen Inhalt im Vergleich zum Begriffsinhalt der Rechtswidrigkeit der Bereicherung geben könnten. Das Zueignungsunrecht wird erst verwirklicht, wenn der unberechtigte Sachangriff von einem Angriff gegen das fremde Vermögen getragen wird. Es fehlt, wenn dem Eigentümer nicht zugleich der Vermögenswert der Sache durch die dingliche Berechtigung vermittelt wird, sondern dieser Vermögenswert vielmehr dem Handelnden zukommt. Die Zuweisung des Vermögenswertes ergibt sich nämlich aus dem Eigentum per se nicht, wie das Beispiel der verkauften, aber noch nicht übereigneten Sache lehrt: Das noch dem Verkäufer zustehende Eigentum ordnet die Sache dem Sachbestand des Verkäufers zu und weist auf diesen auch als den Sachinhaber, der die Sache, wenn auch vertragswidrig, etwa anderweitig verkaufen und zu Eigentum übertragen kann. Der Vermögenswert ist aber bereits dem Anspruchsberechtigten zugewiesen [730], im Falle anderweitiger Veräußerung steht diesem daher Schadensersatz zu.
Im Stadium der Übereignungsverpflichtung hat damit das dem Verkäufer verbleibende Eigentum seine wesentliche Funktion als Wertvermittler verloren. Dies berechtigt, wegen fehlender Verletzung der Vermögensordnung die Fälle eigenmächtiger Zueignung geschuldeter Sachen aus dem Schutzbereich der Zueignungsdelikte auszusondern und den Begriff "Rechtswidrigkeit der Zueignung" in enger Anlehnung an die Definition der Rechtswidrigkeit der Bereicherung zu bestimmen.

---

729) Vgl. dazu oben S. 183 ff.

730) Das gleiche meint Maiwald S. 153/154, wenn er betont: "Daß der Schuldner hic et nunc zur Übereignung verpflichtet ist, bedeutet zugleich, daß das Haben des Gläubigers vom Standpunkt des Rechts aus die bessere Wirklichkeit darstellt."

Zurückführung beider Begriffe auf gleiche materielle Kriterien vermeide. Im Übrigen das inadäquate Beweismittel, dem die Gegenansicht gelangt. Entgegen der Auffassung BGHSt entscheidet also nicht der sozialethische Grad zwischen Pfändung und listiger Diebstahl oder zwischen Nötigung und Raube über die Strafbarkeit der eigenmächtigen Anspruchsdurchsetzung [731]. Mit der Feststellung der tatsächlich engen Verwandtschaft beider Begriffe ist auch die wenig substantiierte Behauptung [732] widerlegt, die Verschiedenheit der Bereicherungs- und Eigentumsdelikte bedinge eine differenzierende Betrachtung. Zuzustimmen ist vielmehr den neueren Versuchen [733], wie hier die Rechtswidrigkeit der Bereicherung und der Zueignung unter übergeordneten Gesichtspunkten zu behandeln.

Ebenso ist der mancherorts hervorgehobenen Ansicht [734] beizupflichten, die Rechtswidrigkeit der Bereicherung und der Zueignung von der Rechtswidrigkeit der Tat insgesamt zu trennen [735]. Dies gilt für alle Delikte innerhalb der Systematik der Bereicherungs- [736] und der Zueignungsdelikte [737].

---

731) vgl. oben S. 141 und Fußn. 530

732) vgl. oben S. 142 und Fußn. 532

733) Mohrbotter GA 1967 S. 199 ff., Otto S. 212 ff.

734) insbes. Mohrbotter GA 1967 S. 199 ff.,

735) bezüglich § 242: Heimann-Trosien in LK 9. Aufl. § 242 Anm. 69, § 246 Anm. 33, Maurach BT § 26 III D 2 - S.212- (anders für § 242: BT § 27 II A 2 d -S.243-)Mohrbotter GA 1967 S. 199
lediglich §§ 253, 263: Lackner-Kaesser § 253, 6,[illegible] 9.Aufl. § 253 Anm. 10,20, 21, Maurach BT § 37 II A 3 c -S.[illegible]- Mohrbotter GA 1967 S. 199, Schönke-Cramer § 253 Anm.[illegible]

736) also für die §§ 253, 263, 264 a, 265

737) also für die §§ 242,246,249: Der Auffassung Mauraschs BT § 27 II A 2 d -S.243-, in § 246 sei die Rechtswidrigkeit im Gegensatz zu § 242 allgemeines Verbrechensmerkmal,kann nicht gefolgt werden, vgl. insbesondere auch OLG Hamm MDR 1969 S.[illegible]. In § 246 bezieht sich das Wort "rechtswidrig" allein auf die Zueignung. Daneben besteht das allgemeine Verbrechensmerkmal, das etwa im Fall des § 904 BGB entfallen kann, eine Zueignung gerechtfertigt wäre. Im übrigen ist nicht überzeugend, wenn Maurach a.a.O. vorschlägt, das Bestehen eines fälligen Anspruches auf das Zueignungsobjekt als Rechtfertigungsgrund anzusehen, vgl. hierzu Kempf, Diss. S. 49 ff.

II Irrtumsfälle

1. Mögliche Irrtumskonstellationen

Gegen Ende der Untersuchung ist aufgrund der hier vertretenen Auffassung zur Rechtswidrigkeit der Bereicherung und der Zueignung das bislang ausgesparte Problem zu lösen, wie die diesbezüglichen Irrtumsfälle zu behandeln sind. Entsprechend den möglichen Fehlvorstellungen des Täters sind verschiedene Situationen auseinanderzuhalten. Die Fehlvorstellung kann sich auf den Bedeutungsinhalt der Begriffe "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" und "Rechtswidrigkeit der Zueignung" beziehen; sie kann aber auch die irrige Annahme eines nicht gegebenen Sachverhaltes sein und endlich kann eine Fehlvorstellung dadurch bedingt sein, daß der Täter zwar den Sachverhalt kennt und auch weiß, daß das Bestehen eines Anspruches das Merkmal "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" beziehungsweise "Rechtswidrigkeit der Zueignung" ausschließt, aber infolge einer fehlerhaften zivilrechtlichen Bewertung zu Unrecht davon ausgeht, daß ein wirksamer Anspruch entstanden ist.

(1) Der Täter schätzt die tatsächliche Sachlage richtig ein, verkennt aber den Anwendungsbereich der Begriffe "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" oder Rechtswidrigkeit der Zueignung" trotz generellen laienhaften Verständnisses im Einzelfall und glaubt, daß die genannten Merkmale nicht gegeben sind.

Beispiel: Der Geldgläubiger meint, die Erlangung einer Pfandsache infolge Zwanges oder einer Wegnahmehandlung zum Zwecke der mittelbaren Befriedigung der Geldförderung unterfalle nicht dem Merkmal der Rechtswidrigkeit der Bereicherung in § 253 oder der Rechtswidrigkeit der Zueignung in § 242.

(2) Der Täter bewertet zwar die Begriffe "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" und "Rechtswidrigkeit der Zueignung" richtig, geht aber irrig von einem nicht vorliegenden

Sachverhalt aus, bei dem die genannten Merkmale nicht gegeben sind.

Beispiel: Der Gläubiger täuscht sich in der Person des Schuldners und nötigt irrtümlich einen Nichtverpflichteten zur "Schuld"begleichung.

(4) Der Täter glaubt trotz Kenntnis des Sachverhaltes und des Bedeutungsinhaltes der Begriffe "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" und "Rechtswidrigkeit der Zueignung" infolge einer fehlerhaften zivilrechtlichen Wertung, die genannten Merkmale seien nicht gegeben.

Beispiele: Der Täter glaubt, eine Bettschuld sei eine (erzwingbare) Verbindlichkeit. Oder: Der Verkäufer irrt eigenmächtig in der irrigen Annahme, der Kaufvertrag sei im Zusammenhang mit dem Betrieb eines gewerblichen Ersatzgeschäfts geschlossen (§ 113 HGB), die "Kaufpreisschuld" von der Minderjährigen eine, der gesetzliche Vertreter mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt sei. Dieser und die problemverwandten Fälle (z.B. auch der Irrtum über die Reichweite des sogenannten "Taschengeldparagraphen", § 110 BGB) werden durch eine fehlerhafte (zivilrechtliche) Bewertung hervorgerufen, die nach der Tatsachenfeststellung zu einer rechtlich einwandfreien - wenn auch im Ergebnis wegen des Irrtums unzutreffend entschiedenen Rechtsfrage führt - Subsumtion unter den Begriff der Rechtswidrigkeit der Bereicherung oder der Zueignung führt.

Die Lösung der vorgenannten Irrtumsfälle unter Anwendung der verschiedenen Irrtumslehren scheint allein von der dogmatischen Einordnung der Merkmale "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" und "Rechtswidrigkeit der Zueignung" innerhalb des Verbrechensaufbaus abhängig zu sein. Doch zeigt die nachfolgende Übersicht über die Behandlung der Irrtumsfälle in Literatur und Rechtsprechung, daß die dogmatische Einordnung der in den

Bereicherungs- und Zueignungsstrafbestimmungen erwähnten "Rechtswidrigkeit" nicht unbedingt für die Behandlung der Irrtumsfälle ausschlaggebend ist.

2. Behandlung der Irrtumsfälle in Literatur und Rechtsprechung und Bezug zur dogmatischen Einordnung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Zueignung

a) Die in den Bereicherungs- und Zueignungsdelikten erwähnte Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal

Ein Teil der Literaturmeinung [738] qualifiziert die in den Bereicherungs- und Zueignungsdelikten erwähnte Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal. Gleichwohl sind die oben dargestellten Irrtumsfälle nicht notwendig als Irrtum über die Rechtswidrigkeit zu behandeln. Nach der Ansicht WELZELS [739] etwa ist die als Adjektiv des Vermögensvorteils in § 263 genannte Rechtswidrigkeit (bzw. das Merkmal "zu Unrecht" in § 253) als allgemeines Verbrechensmerkmal einzustufen; dennoch ist die irrige Annahme, anspruchsberechtigt zu sein, vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum bezüglich des Merkmals Vermögensschaden [740]. Freilich bleibt uneinsehbar, weshalb das verwendete Mittel zur Schuldeintreibung über die Frage der Strafbarkeit eigenmächtiger Anspruchsdurchsetzung im Hinblick auf die §§ 242 ff., 253 ff. entscheiden soll. Von dem hier vertretenen Standpunkt aus, nachdem die Begriffe Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Rechtswidrigkeit der Zueignung auf gleiche materielle Kriterien zurückgeführt werden können,

---

738) bezüglich der Rechtswidrigkeit in § 263 bzw. des Merkmals "zu Unrecht" in § 253: Welzel § 54 III -S.377-, § 55 II 2 -S.381-, ders. NJW 1953 S.652, vgl. zur Kritik oben S.32 ff bezüglich der Rechtswidrigkeit in § 242: Baumann, Diss. S. 53, 54, Hirsch JZ 1963 S. 149 ff., Kempf, Diss. S. 81 ff., Schröder DRiZ 1956 S. 69 ff., Welzel S. 47, 3 -S.345-

739) NJW 1953 S. 652

740) Welzel NJW 1953 S. 652

ist diese Ansicht unhaltbar.

Ebenso unbedeutend ist die Einordnung des Wortes "rechtswidrig" in den Zueignungsdelikten als allgemeines Verbrechensmerkmal bei MAIWALD [741], da die eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen nicht dem Zueignungsbegriff MAIWALDS unterfällt [742] und demnach die irrtümliche Annahme eines bestehenden Anspruches als Tatbestandsirrtum bezüglich des Merkmals "zueignen" anzusehen ist.

Schwer zu durchdringen ist die Stellungnahme SCHRÖDERS. Einst hatte SCHRÖDER [743] sowohl die Rechtswidrigkeit der Zueignung als auch die Rechtswidrigkeit der Bereicherung als allgemeines Verbrechensmerkmal betrachtet, jedoch der "Anspruchsbeziehung zwischen Leistendem und Leistungsempfänger sowie der Legitimität der Vermögensverschiebung" [744] eine rechtfertigende Wirkung zugesprochen und insoweit folgerichtig vom zugrundegelegten Standpunkt der eingeschränkten Schuldtheorie aus den entsprechenden Irrtum entweder als Tatbestandsirrtum, soweit irrig die tatsächlichen Voraussetzungen der rechtfertigenden Situation angenommen wurden [745], oder als in der Regel vermeidbaren Verbotsirrtum, soweit ein nicht vom Recht gegebener Rechtfertigungsfall vorgestellt worden war, bewertet. Später hat SCHRÖDER [746] seine Auffassung zur Frage der Rechtswidrigkeit der Bereicherung geändert und dieses Merkmal nun als "zusätzliches Tatbestandsmerkmal" [747] erkannt, ohne allerdings die entsprechenden Konsequenzen für die Behandlung

---

741) S. 106

742) Maiwald S. 151 ff., 159 Fußn. 158

743) in DRiZ 1956 S. 69(71, 72)

744) Schröder DRiZ 1956 S. 69(71 r.Sp.o.)

745) Dazu zählt Schröder in DRiZ 1956 S. 69(72) auch den irrtümlichen Irrtum des Geldgläubigers, bestimmte beim Schuldner vorgefundene Geldstücke als die gerade geschuldeten beanspruchen zu können

746) in JZ 1965 S. 513 ff.

747) Schönke-Schröder § 263 Anm. 68 a , 118 c.

der Irrtumsfälle zu ziehen, wenn gleichwohl weiterhin der Irrtum [748] den soeben dargelegten, von SCHRÖDER ehemals propagierten Grundsätzen unterstellt bleiben soll. Dieser mit den gesicherten Erkenntnissen in der Verbrechenslehre unvereinbare dogmatische Zwiespalt untergräbt die Argumentation SCHRÖDERS und schafft eine unerträgliche Rechtsunsicherheit in der Behandlung der Irrtumsfälle [749]. Diese Ansicht ist daher abzulehnen.

Andere Autoren [750] können freilich für sich in Anspruch nehmen, die Irrtumsfälle von ihrem gewählten Standort aus ohne dogmatischen Widerspruch zu lösen. Insoweit zeigt nämlich die Meinung, die HIRSCH entwickelt hat, klare Ergebnisse: Der Irrtum, anspruchsberechtigt zu sein - auf welchen Gründen er auch immer beruhen mag - ist als Irrtum über das allgemeine Verbrechensmerkmal "rechtswidrig" in den Zueignungsdelikten ein meist vermeidbarer Verbotsirrtum. Allerdings verkennt diese Auffassung den Strafzweck der §§ 242 ff. und gelangt - unabhängig von der Irrtumsproblematik - zu einer weitgehenden ungerechtfertigten Ausdehnung der Strafbarkeit auf die Sachverhalte, deren Abgrenzung zu den strafwürdigen Verhaltensweisen im Sinne der §§ 242 ff. dem Merkmal "Rechtswidrigkeit der Zueignung" auferlegt ist.

---

748) vgl. Schönke-Schröder § 263 Anm.128 unter Hinweis auf § 242 Anm. 61 und dort weiteren Hinweis auf DRiZ 1956 S. 69 ff.

749) augenfällig in JR 1962 S. 347 (348). Dort stimmt Schröder entgegen der in DRiZ 1956 S. 69 ff. zugrundegelegten Auffassung offenbar der Ansicht des Urteils BGHSt 17, 87 zu, die Rechtswidrigkeit der Zueignung als Tatbestandsmerkmal zu behandeln

750) Kempf, Diss. S. 91, Hirsch JZ 1963 S. 149 (156)

b) Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Rechtswidrigkeit der Zueignung als Tatbestandsmerkmal

Nach der Rechtsprechung [751] und herrschenden Literatur- [illegible] und die Rechtswidrigkeit der Zueignung dem Tatbestand zuzurechnen. Die irrige Annahme des Täters, auf die Bereicherung einen Anspruch zu haben, ist dement- [illegible] irrtum bewertet worden. Soweit der Geldgläubiger sich eigenmächtig Geldstücke zueignet, hält der Bundes- [illegible] [754] [illegible] ein Anspruch auf Übereignung der in Besitz des Schuldners befindlichen Geldstückstücke Irrtumsfall- irrtum zugute.

3. Eigene Lösung der Irrtumsfälle

Die hier vertretene Auffassung beurteilt, wie in den [illegible] erörterten beiden Abschnitten der Rechtswidrigkeit [illegible]

---

751) [illegible] der Rechtswidrigkeit der Bereicherung vgl. [illegible] der neueren Rspr. BGHSt 5, 115(121); 6, 107, [illegible] 1950 S. 1062 [illegible] 1953 S. 1479(1480), [illegible] [illegible] S. 2314(2315), BayrObLGSt JR 1969 S. 307(308) bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung, vgl. aus der neueren Rspr. BGHSt 17, 87(88), [illegible] 1955 S. 211(212); 1968 S. 121, OLG Hamm [illegible] 1969 S. 499 (bzgl. § 246)

752) bezüglich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung vgl. [illegible] Dreher § 59 II 3 b, Maurach AT § 25 I 2 A -S.276-, [illegible] § 5 I 2 -S.276-, Pfeiffer-Maul-Schultz § 211 Anm.7 bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung in § 246: vgl. [illegible] S. 74, Dreher § 246, [illegible] Maurach AT § 25 I 2 A -S.276-, § 24 I 3 [illegible] -S.253-, Welzel-Bilz 12 § 40 V 3 -S.197-, Bellavs-Preisendanz § 242, VI 1 b, § 246, 5, Pfeiffer-Maul-Schultz § 249 Anm.13. [illegible] § 246: vgl. etwa Dreher § 246, 2, Bellavs-Preisendanz § 246, 5, bzw. insoweit Maurach AT § 25 I 2 A -S.276-

753) z.B. BGHSt 4, 105

754) [illegible] 17, 87 ff.; BGH GA 1962 S.144; 1965 S.211; 1968 S.121; vgl. ferner bzgl. § 246: OLG Hamm NJW 1969 S. 419 - Nach der hier vertretenen Auffassung entfällt bei eigenmächtiger Zueignung geschuldeter Leistungssachen bereits das Merkmal "Rechtswidrigkeit der Zueignung", vgl. oben S. 190

Bereicherung und zur Rechtswidrigkeit der Zueignung auch mehrfach als unabdingbare Konsequenz angeführt worden war, ebenso wie die Rechtsprechung und herrschende Literaturansicht [755] die Merkmale "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" und "Rechtswidrigkeit der Zueignung" als Tatbestandsmerkmale. Beide Merkmale bewirken die notwendige Tatbestandskorrektur und sind somit Teil des Tatbestandes.
Regelungsmaterie der genannten Begriffe sind bestimmte rechtliche Beziehungen im zwischenmenschlichen Bereich, der entscheidend durch das außerstrafrechtliche Recht vorgeprägt ist. Damit sind diese Begriffe "wertausfüllungsbedürftig" und somit sogenannte normative Tatbestandsmerkmale.

Aus der Einordnung der genannten Begriffe als normative Tatbestandsmerkmal ergibt sich als erste Konsequenz: Der diesbezügliche Irrtum ist vorsatzausschließend, soweit der Täter das Vorhandensein von Tatumständen im Sinne des § 59 Abs. 1 nicht kannte. Abzugrenzen ist demnach zu dem unbeachtlichen Subsumtionsirrtum. Dieser berührt, soweit er nicht zugleich einen unvermeidbaren Verbotsirrtum auslöst [756], nicht die Strafbarkeit aus dem fraglichen Delikt. Im einzelnen gilt:

(1) Kennt der Täter die tatsächliche Sachlage und hat er - zumindestens laienhaft - die Bedeutung der Begriffe "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" und "Rechtswidrigkeit der Zueignung" erkannt, liegt, wenn er lediglich im Einzelfall infolge einer rechtlich fehlerhaften Bewertung des Merkmals "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" und Rechtswidrigkeit der Zueignung" nicht für gegeben hält, ein unbeachtlicher Subsumtionsirrtum vor. Der Täter braucht nicht juristisch exakt zu subsumieren; aus-

---

755) Nachw. in Fußn. 751 und 752

756) Der Subsumtionsirrtum ist kein Fall des Verbotsirrtums und von diesem strukturell verschieden, vgl. Dreher in Heinitz-Festschrift (1972) S. 207 (209)

reichend ist eine sogenannte "Parallelwertung der Laiensphäre" [757].

Der umgekehrte Subsumtionsirrtum - objektiv besteht ein Anspruch auf den Vermögensvorteil, der Täter glaubt jedoch, dieser Sachverhalt unterfalle dem Merkmal der Rechtswidrigkeit der Bereicherung - führt nicht zur Versuchsstrafe [758]. In diesem Fall wird nach der Tätervorstellung die Strafbarkeit auf einen Sachverhalt ausgeweitet, der nicht mehr dem Anwendungsbereich der Norm unterliegt, so daß ein Wahndelikt anzunehmen ist.

(2) Eindeutig ist der oben geschilderte Beispielsfall (1) zu lösen. Kennt der Täter nicht die tatsächlichen Gegebenheiten und geht er stattdessen irrig von einer tatsächlichen Sachlage aus, bei der das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Zueignung nicht gegeben ist, schließt dieser Tatbestandsirrtum den Vorsatz aus (§ 59). Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Täter glaubhaft bestimmte Umstände zugibt [759], aus denen er das Bestehen eines Anspruchs folgern konnte.

<u>Beispiel:</u> Der Verkäufer hielt den objektiv Minderjährigen für volljährig.

(3) Am schwierigsten sind die Irrtumsfälle zu beurteilen, in denen der Täter infolge einer Fehlerhaften außerstrafrechtlichen Bewertung irrtümlich einen Sachverhalt annimmt, bei dem das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Bereicherung oder der Zueignung nicht gegeben ist. Hier ist Zurückhaltung geboten, denn auch so eventuelle außerstrafrechtliche Fehlbewertung würde dem Täter ansonsten zu einer - im Einzelfall unbefriedigenden - Straffreiheit verhelfen. Daher sind

---

757) vgl. hierzu Baumann § 22 I 2 b -S.401-, Maurach AT § 24 IV 4 -S.268-, Welzel § 13 I 4 -S.76-, Dreher in Heinitz-Festschrift (1972) S.427 (429)

758) ebenso Hartung NJW 1953 S.552(553)

759) Dies konnte nach dem Sachverhalt in BayObLGSt JR 1969 S. 377 f. nicht angenommen werden, zutreffend insoweit Schröder in der Anm. JR 1969 S. 378 (379)

in der Behandlung dieser Irrtumsfälle strenge Anforderungen anzulegen. Auszugehen ist von der Erkenntnis, daß Unkenntnis der normativen Tatbestandsmerkmale "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" und "Rechtswidrigkeit der Zueignung" im Sinne des § 59 anzunehmen ist, wenn der Täter nicht zumindestens laienhaft eine dem Bedeutungsgehalt dieser Begriffe entsprechende Wertung gewonnen hat. Zu dieser Wertung gelangt der Täter in zwei Stufen. Einmal muß er zumindestens laienhaft erkennen, wann das Merkmal Rechtswidrigkeit der Bereicherung oder Zueignung gegeben ist. Aber selbst dann, wenn er etwa laienhaft weiß, daß das Fehlen eines vollgültigen Anspruches auf den Bereicherungs- oder Zueignungsgegenstand zur Rechtswidrigkeit der Bereicherung oder der Zueignung führt, muß er noch zusätzlich laienhaft erkennen, daß das Zivilrecht im konkreten Fall auch keinen diesbezüglichen Anspruch gewährt. Glaubt der Täter daher in Nichtkenntnis der - dem juristischen Laien auch allgemein nicht bekannten - zivilrechtlichen Vorschriften an das Bestehen eines Anspruches, fehlt ihm die notwendige Parallelwertung in der Laiensphäre und ist der Vorsatz nach § 59 ausgeschlossen. Beispiele sind etwa: Der aus dem Schenkungsversprechen Begünstigte hält - entgegen § 518 Abs. 1 BGB - das mündlich gegebene Versprechen für rechtswirksam und erlangt durch List den Schenkungsgegenstand. Der in einem unerlaubten Glücksspiel Betrogene nötigt in Verkennung des § 817 BGB den Falschspieler zur Herausgabe des "zu Unrecht" erhaltenen Gewinns [760].

Andererseits ist ein Tatbestandsirrtum i.S. des § 59 nicht anzunehmen, soweit die im bürgerlichen Recht angeordneten Rechtsfolgen laienhaft erkannt werden können. So ist beispielsweise allgemein bekannt, daß Wettschulden "Ehrenschulden" sind, so daß der Rechtsirrtum, die Wettschuld sei eine erzwingbare Verbindlichkeit, ein unbeachtlicher Subsumtionsirrtum [761] ist

---

760) Dieses Problem übersieht BGH MDR 1968 S. 938

761) Daher kann dem BGH-U. v. 29.9.1967 -5 StR 430/67- mitgeteilt bei Dallinger MDR 1968 S.16(18) nicht zugestimmt werden

und die eigenmächtige Eintreibung der Wettschuld durch Zwang nach der hier vertretenen Auffassung als Erpressung zu bestrafen ist.

Im zweiten, oben unter (3) gebildeten Beispielsfall ist zu differenzieren: Glaubt der Verkäufer etwa, der vom Minderjährigen gekaufte Schreibtisch sei ein Geschäftsabschluß im Zusammenhang mit dem Betrieb des gestatteten Erwerbsgeschäfts, während es sich in Wahrheit um einen ungenehmigten Privatkauf handelt, bezieht sich dieser Irrtum auf die tatsächliche Sachlage und betrifft nicht eine fehlerhafte rechtliche Subsumtion unter die Vorschrift des § 112 BGB; dann fehlt nach den in der Gruppe (2) aufgezeigten Grundsätzen der entsprechende Vorsatz, wenn die vermeintliche Kaufpreisforderung eigenmächtig durchgesetzt wird. Meint der Verkäufer irrtümlich, der Kauf etwa eines Anzuges könne als Geschäftsabschluß im Sinne des § 112 BGB angesehen werden, ist dieser Subsumtionsirrtum unbeachtlich.

Grundsätzlich ist also der herrschenden Meinung zuzustimmen, nach der die Merkmale "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" und "Rechtswidrigkeit der Zueignung" dem Tatbestand zugerechnet werden. Die irrige Annahme des Bestehens eines Anspruches schließt in der Regel den Vorsatz aus [762]. Freilich untersucht die herrschende Ansicht nicht sorgfältig, in welcher Weise der Irrtum, anspruchsberechtigt zu sein, zustandekommen kann. Dies ist aber, wie der Text belegt, notwendig für eine sachgerechte Differenzierung in der Behandlung der Irrtumsfälle.

---

[762] allgemeine Meinung, vgl. aus neuester Zeit bezüglich des Merkmals Rechtswidrigkeit der Zueignung OLG Hamm JMBl 1969 S. 147 m.w.N. und bezüglich des Merkmals Rechtswidrigkeit der Bereicherung Bayerisches JM 1969 S. 307(308) m.w.N. m. Inwieweit auch Anm. Schröders JR 1969 S. 304(309). - Das in Beispielsfall 1 § 65 II 4 gebildete Beispiel (der Tatsachenirrtum über den Abschluß des Kaufvertrages [illegible] Kaufpreisanspruch gegenüber zu sein) betrifft keinen Irrtum über den Bestehen eines vermeinten Bereicherungsanspruches [illegible] Irrtum über die Berechtigung eines [illegible] Anspruchs [illegible] Irrtum [illegible] wenn der Verkäufer diesen Anspruch eigenmächtig durchsetzt

Zusammenfassung

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Den Begriffen "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" und "Rechtswidrigkeit der Zueignung" kommt eine eigene Funktion neben einem wie auch immer bestimmten Vermögens- und Zueignungsbegriff zu.

2. Beide Begriffe sind auf gleiche materielle Kriterien zurückführbar und dienen der Tatbestandseingrenzung.

   a) Die Grundsätze zum Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Bereicherung" gelten für alle Bereicherungsdelikte, also für die §§ 253, 263, 264 a und 265, dagegen nicht für die §§ 272, 273, 298 IV und 300 III.

   b) Die Grundsätze zum Merkmal der "Rechtswidrigkeit der Zueignung" gelten für alle Zueignungsdelikte, insbesondere auch für § 246.

3. Beide Begriffe sind normative Tatbestandsmerkmale. Die in den Bereicherungs- und Zueignungsdelikten erwähnte Rechtswidrigkeit (in § 253: "zu Unrecht") ist kein sogenanntes allgemeines Verbrechensmerkmal.

4. Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Bereicherung und der Zueignung unterfällt der Regelung des § 59. In besonders liegenden Fällen führt die fehlerhafte zivilrechtliche Bewertung zu einem unbeachtlichen Subsumtionsirrtum.

L e b e n s l a u f

Am 20. September 1943 wurde ich als zweites Kind des Rechtsanwalts und Notars Dr. Wilhelm Reinstorf und seiner Ehefrau Annemarie, geb. Lohrberg in Lüneburg geboren.
Ich bin deutscher Staatsangehöriger.
Nach dem Besuch der Volksschulen Menckeschule in Osterholz-Scharmbeck und Rembertischule in Bremen, des Gymnasiums an der Hermann-Böse-Straße in Bremen und der Steinmühle in Cappel bei Marburg/L. bestand ich Ostern 1964 die Reifeprüfung.

Mein rechts- und staatswissenschaftliches Studium begann ich im Sommersemester 1964 in Freiburg im Breisgau, wechselte zum Wintersemester 1965/66 an die Universität Lausanne/Schweiz und setzte das Studium ab Sommersemester 1966 an der Westf. Wilhelms-Universität in Münster fort.

Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 21. März 1969 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Oldenburg ab.

Zur Zeit stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst. Meine Ausbildung als Referendar habe ich zur Anfertigung der Dissertation zum Teil unterbrochen.